UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

De la Responsabilité pénale de l'Agent

au cas d'infraction commise sur l'ordre d'autrui

THÈSE

POUR LE

Doctorat (Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 20 Février 1923, à 17 heures

PAR

André PAQUIER

Avocat stagiaire

Attaché au Parquet général près la Cour d'Appel de Nancy

devant le Jury d'examen

Président..... MM. HENRY, professeur.

Assesseurs ..... RENARD, professeur.
LESCOT, agrégé.

NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE

—

1923

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

De la Responsabilité pénale de l'Agent

au cas d'infraction commise sur l'ordre d'autrui

THÈSE

POUR LE

Doctorat (Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 20 Février 1923, à 17 heures

PAR

André PAQUIER

Avocat stagiaire

Attaché au Parquet général près la Cour d'Appel de Nancy

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

devant le Jury d'examen

Président..... MM. HENRY, professeur.

Assesseurs..... RENARD, professeur.
LESCOT, agrégé.

NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE

—

1923

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. Gény (✻, ✪ I).

Doyen et professeur honoraire : M. Binet (✻, ✪ I).

Professeurs honoraires : MM. May (✻, ✪ I) et Garnier (✪ I).

MM. Chrétien (✪ I), professeur de Droit international public et privé.

Gény (✻, ✪ I), professeur de Droit civil.

Michon (✪ I), professeur de Droit romain.

Brocard (✪ I), professeur d'Economie politique.

Morel (✪ A), professeur de Droit civil, chargé de cours à la Faculté de Droit de Paris.

Renard (✪ I), professeur de Droit public.

Henry, professeur de Droit criminel.

Lavergne (✪ A), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

Krœll (✪ A), professeur d'Histoire du Droit.

Oudinot (✪ A, ✠), agrégé, détaché au Ministère des Régions libérées.

Lalouel, agrégé, chargé des cours de Droit administratif, de Droit public et constitutionnel comparé et de Législation financière.

Lescot, agrégé, chargé des cours de Droit commercial et de Voies d'exécution.

Simonnet (✪ I), docteur en Droit, chargé des cours de Droit civil (3e année) et de Droit civil (capacité).

Lardé, docteur en Droit, archiviste paléographe, chargé des cours de Droit romain (2e année) et d'Histoire du Droit public (doctorat).

Gignoux (✻), docteur en Droit, chargé des cours d'Economie politique (licence et doctorat).

Voirin, docteur en Droit, chargé d'un cours de Droit civil (2e année).

Melin (✪ I), docteur en Droit, chargé du cours de Science sociale.

Bertrand (✪ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières des candidats.

INTRODUCTION

La discipline, c'est-à-dire l'habitude d'obéir, est la force principale des armées. Elle est aussi la force principale des familles et des peuples. L'étude de l'histoire romaine et du droit romain nous fait connaître et mesurer la puissance de la « potestas ». Les historiens du droit romain font de cette potestas une sorte d'institution primordiale. Les uns l'expliquent par la supériorité de force du père sur les enfants, du mari sur la femme, les autres par l'idée religieuse. Quoi qu'il en soit, ces pouvoirs de paterfamilias ont existé durant des siècles, et la famille romaine, obéissante et soumise, a été le fondement solide sur lequel l'Empire s'est édifié.

Mais il ne faut pas oublier que, si l'histoire nous apprend que les époques les plus glorieuses sont celles où la discipline nationale était la plus absolue, elle nous montre aussi que l'exercice injuste du pouvoir amène des effets particulièrement désastreux.

L'exemple le plus frappant de la faillite de la force puisée dans une obéissance injustement employée, est celui de l'Empire allemand. Aucune des nations modernes n'était aussi disciplinée que l'Allemagne. Aucune ne s'était, grâce à l'obéissance passive, élevée si haut et si vite à tous les points de vue, que l'Allemagne depuis 1871. La puissance allemande s'est

pourtant effondrée, et cette chute, qui avait été prévue depuis longtemps déjà par Taine (1) et par Fustel de Coulanges (2), a une cause profonde : la violation du droit.

Il apparaît donc clairement que l'obéissance n'est bienfaisante que si elle s'exerce dans les limites du droit, que si ses effets sont prévus et réglés par un chef digne de commander, c'est-à-dire qui commande d'une façon juste, ou tout au moins légitime. Il apparaît donc que, lorsque le souverain oriente l'activité de ses sujets vers l'injustice, ces derniers ont le droit et peut-être le devoir de désobéir, de demander des réformes, de changer de régime. S'ils ne le font pas, ils se rendent complices des fautes commises, ils appellent sur eux la colère des autres peuples. Cette idée avait été déjà exprimée en octobre 1914 par la *Revue d'Edimbourg*, dans un article intitulé : « Germany and the laws of war », article qui se terminait de la façon suivante : « L'invasion de la Belgique n'est pas un acte de guerre, mais un acte criminel. Les nations du monde doivent chercher les moyens de punir les auteurs d'un tel acte ».

La répression des infractions commises par ordre, question peu connue et depuis longtemps oubliée, a donc repris depuis la guerre de 1914 une vie et une importance nouvelles. En effet, ce qui vient d'être dit des peuples peut l'être des collectivités plus petites et des individus pris isolément. L'obéissance

---

(1) *Derniers Essais de Critique et d'Histoire*, p. 121-123.
(2) *Questions contemporaines*.

sera une force bienfaisante dans l'armée, dans les services publics, dans la famille, à l'atelier. Elle intensifiera le travail et la production, elle contribuera au bien-être de tous, elle sera la prospérité économique de la nation et sa sauvegarde contre les agressions du dehors. Mais si un jour, dans l'armée, dans une administration publique, dans la famille, à l'atelier, sont donnés des ordre d'une moralité ou d'une légalité douteuses, ou si des ordres sont donnés par une autorité notoirement incompétente, quelle attitude devra prendre celui qui les recevra? La conscience du subordonné pourra-t-elle le guider avec une autorité et une sécurité suffisantes? Refusera-t-il d'obéir ou exécutera-t-il l'ordre sous l'empire de la crainte, par ignorance, ou même de bonne foi, dans la croyance qu'il ne commet aucune faute?

C'est dans l'appréciation de cette obligation morale d'obéir ou de désobéir que nous rencontrons des difficultés. Si nous reconnaissons aux inférieurs le droit de discuter les ordres, même injustes, qu'ils reçoivent, nous détruisons la subordination hiérarchique, nous rendons impossible l'exercice du pouvoir. Si nous proclamons que l'inférieur doit toujours obéir et ne sera jamais responsable à raison de son obéissance, nous mettons une arme formidable entre les mains des chefs de collectivités humaines, nous ouvrons la porte aux coups de force (1).

Ces deux solutions extrêmes, qui présentent des dangers également redoutables, doivent être écartées.

---

(1) Garraud : *Précis*, nº 120.

Il faut adopter une solution intermédiaire et chercher des règles de conduite aussi certaines que possibles, règles qui nous permettront de savoir quand il faudra désobéir et quand il faudra se soumettre. Dans ce but, nous utiliserons d'abord les textes de notre Code pénal, ensuite les travaux de la jurisprudence et des auteurs, enfin nous nous laisserons guider le plus souvent possible par le bon sens et par la morale.

Nous serons ainsi amenés à constater qu'il est nécessaire que le subordonné soit rendu responsable tantôt entièrement, tantôt dans une certaine mesure, des actes délictueux qu'il aura exécutés par ordre.

Cette responsabilité sera civile ou pénale. Très souvent, elle se présentera en même temps sous les deux aspects. Nous nous proposons seulement de rechercher et d'étudier les cas où les divers subordonnés seront pénalement responsables. En effet, des deux responsabilités, c'est la responsabilité pénale qui est la plus facile à reconnaître, c'est celle qui se présente avec le caractère le plus énergique et le plus impérieux; c'est, pour le subordonné, celle qui est la plus grosse de conséquences. C'est donc celle qu'il lui est le plus utile de connaître et d'éviter. Cependant, quand nous aborderons l'étude de la responsabilité des fonctionnaires, nous verrons que, dans bien des cas, la responsabilité pénale encourue se double d'une responsabilité civile. A ce moment, nous aurons l'occasion de parler incidemment de cette dernière, et seulement dans la mesure où elle facilitera l'étude de la responsabilité pénale.

TITRE PREMIER

Recherche des éléments généraux du problème

CHAPITRE PREMIER

L'ÉLÉMENT RATIONNEL DU PROBLÈME

Le problème de l'obéissance hiérarchique et de la responsabilité pénale est dominé par deux idées directrices : 1° la nécessité d'une discipline, sans laquelle aucun organisme ne saurait subsister; 2° la nécessité de ne commander et de n'obéir que dans les limites du droit. Nous venons de dire qu'il n'est pas toujours facile de concilier ces deux idées. Déclarer que le droit seul doit régir l'activité des chefs et des subordonnés, tels que militaires ou fonctionnaires, c'est permettre à ces derniers d'examiner au préalable la légitimité de l'ordre qui leur est adressé. Or, permettre cet examen, n'est-ce pas nier toute hiérarchie, briser toute cohésion dans les services, nuire à l'intérêt général du pays? Mais admettre la théorie de l'obéissance passive entraînant l'irresponsabilité complète du subordonné, n'est-ce pas porter atteinte à la liberté

des citoyens, qui peuvent être lésés par l'exécution d'ordres injustes, n'est-ce pas violer les principes les plus sacrés, ceux qui sont la base de toute société et particulièrement de la France républicaine?

Et quand nous disons que l'idée supérieure du droit doit dominer les rapports des chefs et des subordonnés, quel droit faut-il entendre? S'agit-il du droit positif contenu dans nos divers Codes, ou s'agit-il du droit naturel, de la loi morale? En d'autres termes, quelle doit être la conduite du subordonné qui est appelé à commettre un acte commandé ou permis par la loi positive, mais contraire au droit naturel contraire à la justice? Le problème se dédouble, d'une part, en un conflit de la discipline et de la légalité; d'autre part, en un conflit de la légalité et de la conscience, de l'ordre de la loi et de la justice.

La solution du conflit de la légalité et de la discipline ne peut se trouver dans une règle générale et absolue. Ce n'est que par l'examen des situations particulières dans lesquelles chaque catégorie de subordonnés peut se trouver placée, ce n'est que par l'examen des divers intérêts en présence et en opposition que nous pourrons résoudre la question posée. Cet examen fera l'objet de tout le titre II de cette étude.

Mais il n'en est plus de même du conflit de la légalité et de la conscience. Il est nécessaire de marquer une limite suprême au devoir d'obéissance. Cette limite réside-t-elle dans la conscience ou dans la loi? Il nous faut dès maintenant prendre parti, sous peine de ne dégager ultérieurement que des solutions fragiles

et incertaines. La question ne manque pas de difficultés : permettre à chaque citoyen de juger les actes du législateur, de discuter et d'apprécier l'ordre de la loi, n'est-ce pas faire courir à l'Etat et aux particuliers eux-mêmes les plus grands dangers? Et peut-on blâmer le citoyen qui, à ses risques et périls, se refuse obstinément à obéir à une loi criminelle ou manifestement immorale? Tous les auteurs sont d'accord pour décider que l'immoralité, que l'injustice intolérables ouvrent le droit à l'insurrection. « Le jour, dit M. Renard(1), où il se produit un écart scandaleux entre les règles du droit inscrites dans la conscience publique et leur traduction législative et gouvernementale, l'autorité qui n'a de raison d'être que dans le service de l'intérêt général, et qui s'est retournée contre lui, n'est plus qu'une contrainte brutale. Elle peut s'imposer par la force; elle n'a plus droit à l'adhésion des consciences. Légalement, la résistance demeure un délit; moralement et politiquement, elle devient un droit. Elle est susceptible de devenir un devoir ».

Il va sans dire qu'une telle éventualité est exceptionnellement rare. Il faudrait qu'il s'agisse, par exemple, d'une loi portant atteinte à la vie des citoyens, à leurs propriétés, à la dignité de la famille ou du mariage, ou d'une loi portant une atteinte irréparable au droit international (préparatifs de

---

(1) G. Renard : *Notions très sommaires de droit public*, p. 145. — Voir aussi Duguit : *Manuel de Droit constitutionnel* : § 78 *b*, De la résistance à l'oppression.

guerre injuste, invasion de pays neutre). Or, nous n'estimons pas que de semblables lois aient existé en France depuis la Constitution de 1875. C'est ainsi que nous sommes amenés à poser, au début de cette étude, un principe fondamental : celui de la supériorité de la loi.

Ce principe, cher aux auteurs modernes (1), peut se résumer de la façon suivante :

Tout Français doit obéir à la loi. Celui qui désobéit à la loi accomplit un acte nul et s'expose à des peines. Cette règle se justifie : 1° comme correspondant à une nécessité sociale; 2° comme avantageuse pour les particuliers.

1° Cette règle correspond à une nécessité sociale : l'activité des individus doit être limitée et dominée par le droit. Mais le droit est un mot abstrait qui a besoin d'être traduit en textes écrits, qui préciseront ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire, en textes qui doivent être obligatoires. Il faut donc que ces textes soient élaborés par un organe placé de telle manière qu'ils bénéficient d'une présomption d'autorité. Il est indispensable que cet organe existe, que cet organe puisse voir les choses de haut et d'ensemble, que cet organe détienne la plus grande force sociale du moment. Or, le Parlement remplit ces conditions. C'est lui qui dégage ce qui est conforme et ce qui est contraire au droit. Il n'est pas infaillible, mais il a les chances de commettre le moins d'erreurs.

---

(1) M. Rolland à son cours.

C'est par ce raisonnement que se justifie l'obligation de se conformer à la loi.

2° Cette règle est avantageuse pour les particuliers : les dispositions législatives se présentent de la même manière pour tout le monde. Elles respectent les droits acquis. Les particuliers n'ont plus à craindre l'arbitraire. Affirmer la supériorité de la loi, c'est proclamer l'égalité dans la légalité, c'est donner la garantie dont toutes les autres dérivent.

Nous pouvons, dès lors, tirer du principe les conséquences suivantes :

1° La sphère d'activité des agents du gouvernement est délimitée par la loi. Chacun d'eux a une compétence dont il ne peut sortir. Tout agent qui sort de cette compétence s'expose à des peines, car il commet un abus de pouvoir ou un détournement de pouvoir. Aucun ordre de service ne doit, en principe, être donné ou être exécuté par un agent au mépris de la loi.

2° L'ordre de la loi doit être exécuté sans hésitation, quand les conditions requises ou prévues par la loi sont réunies. Aucune responsabilité ne peut être encourue à raison de cette exécution. « Le commandement du législateur, dit Rossi (*Traité du Droit pénal*, II, p. 13), peut être inique, cependant il faut un point d'arrêt matériel et sensible dans l'ordre politique. Mettre pour ainsi dire la loi en jugement, ce serait uniquement déplacer le pouvoir législatif et le dépouiller de toutes ses formes tutélaires. Ainsi désobéir à la loi peut être, dans certains cas, un acte de vertu;

mais il ne saurait y avoir d'imputabilité politique pour celui qui l'exécute, quelle qu'elle soit. »

Le respect de la règle promulguée par le pouvoir social est une nécessité de la vie collective. Le respect de cette règle s'impose même devant la conscience (1). La loi est bien justiciable d'une règle plus haute, de la justice, du droit supérieur qui s'impose au législateur; mais elle marque, pour les citoyens, ce point d'arrêt matériel, ce point d'arrêt nécessaire auquel Rossi fait allusion.

Ceci posé, nous pouvons aborder l'étude de l'élément légal de notre problème, élément dont nous venons de souligner la supériorité.

---

(1) Renard : Cours élémentaire de droit public. Conclusion.

CHAPITRE II

L'ÉLÉMENT LÉGAL DU PROBLÈME

SECTION I

Historique

Notre problème, qui est de tous les temps, n'a dû se poser que rarement dans la première époque du droit romain. En effet, depuis la création de Rome jusqu'à la loi Aebutia (an 700 de Rome), qui marque un premier perfectionnement du droit, l'obéissance passive fut une règle absolue dans l'armée, dans la cité, dans la famille. Le père de famille avait droit de vie et de mort sur tous les habitants de la « domus ». Ces pouvoirs exhorbitants avaient-ils pour corollaire obligatoire une exonération complète de responsabilité pour les subordonnés? L'équité eut exigé que la responsabilité remontât au maître. Il n'est cependant pas douteux qu'en ces temps primitifs le pater puisait dans ses pouvoirs souverains le droit d'abandonner son enfant ou son esclave à la victime de l'infraction.

Mais le grand mouvement d'équité et de perfectionnement introduit dans le droit par la jurisprudence prétorienne ne manqua pas de porter remède à ces

situations comme à tant d'autres. C'est ainsi que, grâce aux diverses actions « adjectitiae qualitatis », le prêteur partage la responsabilité d'un engagement civil entre le paterfamilias et l'alieni juris, qui avait contracté cet engagement à l'occasion d'un service ou d'un commerce où le pater l'avait préposé. A cette époque, qui se place vers la fin de la République, l'arbitraire avait disparu de la législation et l'on peut admettre que la personne placée sous l'autorité d'autrui n'était responsable que parce qu'elle avait une certaine liberté d'action. Elle n'était donc plus obligée de commettre par ordre un délit civil. Il n'est pas téméraire de supposer que cette jurisprudence prétorienne s'étendit au droit pénal, au cas d'infractions commises par ordre. Une loi Julia, mentionnée au Code de Justinien (IX, XII, 8), semble corroborer cette opinion, ainsi qu'un certain nombre de textes du Digeste.

Toutefois, la responsabilité des diverses catégories de subordonnés ne pouvait être appréciée d'une façon uniforme. Les militaires durent toujours obéir passivement. Tite-Live est fort précis à cet égard (*Histoire*, VIII, 7). C'est aussi l'opinion de Saint-Augustin : « Nam et miles, quum obediens potestati sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis sua lege reus est homicidii, immo, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contempti ». (*De Civ. Dei*, 50, 26.) Ils n'encouraient donc aucune responsabilité. Il en fut de même pour les fonctionnaires qui exécutaient un ordre de justice : « Qui jussu judicis, aliquid facit, non videtur dolo malo facere qui parere

necesse habet ». (Dig. de regulis juris antiquis. Loi 167.) [1]. Mais il fallait cependant que l'ordre émanât d'un supérieur exerçant sur le subordonné une autorité directe et que cet ordre se rattachât à ses fonctions légales : « Liber homo, si jussu alterius, manu injuriam dedit, actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi habuit : quod si non habuit cum eo agendum est qui fecit ». (Dig. Ad legem Aquiliam. Loi 37.) Enfin, l'ordre de l'empereur excusait toutes les infractions et devait toujours être exécuté. La désobéissance était punie de mort ou d'exil, et nous savons que le jurisconsulte Papinien préféra mourir plutôt que d'exécuter un ordre criminel de Caracalla.

L'ordre du maître justifiait en général les esclaves. La servitude et la crainte étaient censées paralyser leur intelligence et leur volonté : « Is damnum dat qui jubet dare, ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit » (2). Cette maxime avait cependant ses restrictions. Si l'ordre avait pour objet la perpétration d'un crime atroce, la servitude n'était plus une cause suffisante de justification : « Servus non in omnibus rebus sine pœna domini dicto audiens esse solet : sicuti si dominus hominem occidere, servum jussisset » (3). « Ad ea quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis si vel dominis,

---

(1) Mommsen : *Droit pénal romain*, tome I, p. 88, nº 78.
(2) Dig. : De regulis juris, loi 169.
(3) Dig. : De oblig. et act., loi 20.

vel his qui vice dominorum sunt, optemperaverint » (1).

Enfin, la crainte révérentielle des enfants envers leur père ne pouvait également pas, d'une façon générale, justifier une infraction. Aulu-Gelle déclare que la soumission filiale a des limites : « Non omnia necesse est facere liberis quæcumquæ patres imperant. Multa sunt quæ fieri non possunt. Si imperes filio ut sententiam dicat contra quam existimat; si testimonium jubeas dici ejus rei quam ignorat; si capitolium me incendere jubeas » (2). Ces limites étant alors, aussi bien qu'aujourd'hui, reconnues facilement grâce au bon sens et à la morale, l'ordre du père ne pouvait être une cause de justification que si l'enfant n'avait pas encore atteint l'âge du discernement. C'est dans ce sens qu'il faut lire la règle : « Filius delinquendo de mandato patris excusatur » (3). Comme pour les esclaves, les anciens jurisconsultes faisaient aussi, pour les enfants, la distinction des délits légers et des crimes atroces. Les premiers seuls étaient excusés par l'ordre, et si contestable que fût, en droit, cette distinction, elle était conforme à la réalité des faits : l'esclave et l'enfant sont placés, l'un par sa condition sociale, l'autre par son âge, dans un état d'infériorité. Ce sont des incapables, et le crime frappe beaucoup plus leur intelligence que le simple délit.

---

(1) Dig. : De regulis juris, loi 157.
(2) Declam., 200, 1, 21.
(3) Farinacius : Quæst. 97, nº 153.

En résumé, nous pouvons dire qu'à Rome les militaires et les fonctionnaires étaient exonérés de toute responsabilité, même en cas de crimes atroces. Quant aux autres subordonnés, l'ordre hiérarchique ne pouvait les protéger que s'il ne s'agissait pas d'une infraction de cette catégorie. Enfin, il faut admettre que la contrainte irrésistible, capable d'ébranler les plus fermes courages, annulait tous les engagements civils et excusait toutes les infractions, grâce à l'exception « metus » (1). L'ordre produisant cette sorte de contrainte entraînait donc l'irresponsabilité de celui qui l'exécutait.

Ces solutions sont passées dans l'ancien droit. Farinacius, au XVI^e^ siècle, les reproduit d'une façon générale (Ques. 97). Et nos anciens auteurs les adoptent à leur tour. Au XVII^e^ siècle, Muyart de Vouglans estime que la crainte, fondée sur des causes graves et capables de faire une impression assez forte pour que l'homme le plus ferme en soit ébranlé, est capable d'exempter de crime et de peine. Il cite comme exemple le danger de perdre la vie ou l'honneur, ou d'être tourmenté dans son corps (page 31 des *Loix criminelles*). S'occupant spécialement de notre sujet, il écrit : « Lorsqu'un crime a été commandé par les pères, les maîtres, les tuteurs et curateurs, la loi répute en général ceux qui commandent le crime comme les seuls vrais coupables, en ce qu'elle suppose que celui qui l'a exécuté n'a été que leur instrument

---

(2) Voir Mommsen : *Droit pénal romain*, tome II, p. 370, n° 652.

et qu'il a agi plutôt par crainte et obéissance que par malice. Cette règle générale n'a lieu néanmoins qu'en fait de crimes ordinaires et non de ceux qui sont atroces de leur nature, comme les crimes de lèse-Majesté divine et humaine, le parricide et l'assassinat, parce que ceux-ci supposent nécessairement de la malice dans celui qui les commet» (page 6). Et Muyart de Vouglans cite, à l'appui de son opinion, les textes de loi romaine sus-indiqués.

Les solutions romaines sont admises également par nos anciens auteurs, en ce qui concerne l'ordre du Prince. « L'obéissance, dit Domat, doit être considérée en celui qui a le gouvernement comme la puissance même de Dieu qui l'a établi pour tenir sa place... Elle fait un devoir universel à tous les sujets, et dans tous les cas, d'obéir aux ordres du Prince, sans qu'aucun ait la liberté de se rendre juge de l'ordre auquel il doit obéir... Ainsi, chaque particulier doit l'obéissance aux lois et aux ordres injustes, pourvu que de sa part il puisse sans injustice les exécuter et y obéir. Et la seule exception qui peut dispenser de l'exactitude de cette obéissance, est bornée aux cas où l'on ne pourrait obéir sans désobéir à la loi divine » (*Loix civiles* : Droit public, p. 6). Aucune responsabilité ne peut être encourue dans l'exécution d'un ordre de justice, puisque la justice est « déléguée» par le Roi. C'est l'opinion de Jousse : « Si la résistance de celui qu'on veut arrêter pour crime était à force ouverte et avec armes, les archers et sergents peuvent le blesser et même le tuer impunément» (4, 78). Même solution si des gens armés surviennent pour le retirer

des mains de la justice. Mais Jousse a bien soin de déclarer qu'il n'en est ainsi que si l'ordre est légal : « Si des archers voulaient arrêter quelqu'un injustement ou en excédant leur pouvoir, ils ne sont pas en droit de blesser ou de tuer la personne qu'ils veulent arrêter, quand même cette personne opposerait une résistance considérable, et s'ils venaient alors à la tuer ou à la blesser, ils seraient punissables de la peine ordinaire » (Farinacius : quest. 32, nº 46). Et Jousse admet la résistance « lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère, ou lorsqu'il n'a point les marques de son ministère, ou lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère, ou lorsqu'il n'a pas observé les formes de justice. En effet, cette résistance est plutôt une défense légitime qu'une rébellion suivant la loi », et il cite le cas d'un accusé dont le crime fut excusé en partie parce que le sergent qu'il avait tué l'avait poursuivi en compagnie de son ennemi (4, 79 et 80).

Notre ancien droit admettait donc que l'ordre du Prince exécuté dans les formes régulières et que la contrainte irrésistible excusaient toutes les infractions. Mais l'ordre du père ou du maître ne pouvait justifier que les infractions n'étant pas atroces de leur nature. Les subordonnés jouissaient ainsi d'une large protection, qui s'explique par l'énergie de la puissance paternelle à cette époque et par la théorie de la souveraineté de droit divin.

SECTION II

Les textes du Code pénal

Aujourd'hui, tous les hommes sont libres. La plupart des Codes répressifs, parmi lesquels notre Code pénal, ont pour base la responsabilité humaine et le libre arbitre. Le subordonné est donc inexcusable et doit être puni chaque fois qu'un texte de loi ne vient pas l'exonérer de la responsabilité qu'il a encourue à raison de l'exécution d'un acte délictueux ou criminel, même commis par ordre. Les textes qui prévoient la suppression de cette responsabilité sont rares dans notre Code pénal. Ce sont les articles 327, 186 à contraris, et 64. Les rédacteurs du Code se sont inspirés de l'ancien droit, et en particulier de l'article 15 du titre 10 de l'ordonnance de 1670, pour élaborer l'article 327. Ce sont aussi les solutions traditionnelles qu'ils reproduisent dans les articles 64 et 186. Ces textes énoncent :

Article 327. — « Il n'y a ni crime ni délit lorsque « l'homicide, les blessures et les coups étaient ordon- « nés par la loi et commandés par l'autorité légitime. »

Article 186. — « Lorsqu'un fonctionnaire ou un « officier public, un administrateur, un agent ou un « préposé du gouvernement ou de la police, un exécu- « teur des mandats de justice ou jugements, un com- « mandant en chef ou en sous-ordre de la force

« publique aura, sans motif légitime (1), usé ou fait « user de violence contre les personnes, dans l'exer- « cice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, « il sera puni selon la nature et la gravité de ces « violences et en élevant la peine suivant la règle « posée par l'article 198. »

Article 64. — « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le « prévenu était en état de démence au temps de « l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à « laquelle il n'a pu résister. »

D'une façon plus spéciale, l'acte d'un subordonné est excusé aussi par les articles 114, 184 et 190. Ces textes, d'une portée restreinte, seront étudiés en leur temps. Les rédacteurs du Code n'ont donc laissé subsister, comme faits justificatifs ou comme excuse en cette matière, que l'ordre de la loi, la contrainte irrésistible et, dans certains cas spéciaux et limitativement déterminés, l'ordre du supérieur hiérarchique. Leur œuvre s'écarte de l'ancien droit à plusieurs points de vue : l'ordre du Prince, du supérieur, du maître ou du père n'excuse pas plus les crimes ordinaires que les crimes atroces. Aucun supérieur, pas même le chef de l'Etat, n'est au-dessus de la loi. Seule, la loi peut excuser une infraction et assurer l'impunité à son auteur. Toutes les infractions, graves ou légères, doivent être réprimées. Cette évolution des idées est la conséquence de la Révolution, qui a déclaré tous

(1) Aucune peine n'est donc encourue quand les violences ont un motif légitime.

les hommes libres et égaux devant la loi. Il est naturel que cette liberté et que cette protection nouvelle des droits des citoyens, proclamées par la Constituante, aient eu pour résultat un accroissement de leur responsabilité. Nous aurons d'ailleurs à revenir plusieurs fois sur cette idée au cours de notre travail.

Les seuls cas prévus par la loi comme étant susceptibles de supprimer la responsabilité pénale d'une personne devant obéissance à autrui, sont donc ceux où il y aura « contrainte irrésistible », « ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime », ou « ordre de la loi et motif légitime ». De plus, cette personne pourra, comme tout autre citoyen, invoquer le bénéfice des excuses légales de provocation, de minorité, de parenté (1), et du fait justificatif de légitime défense.

Le Code pénal n'a pas posé, en principe général, que l'ordre de la loi justifie toutes les infractions. L'article 327 ne prévoit, en effet, que l'homicide, les blessures et les coups, et l'article 186 ne prévoit que les violences envers les personnes. Il n'est cependant pas douteux que ces textes doivent s'appliquer à toutes les infractions commises sous le couvert de la loi et de l'autorité légitime, ou d'un motif légitime. En effet, la loi ne justifie pas seulement les actes qu'elle ordonne, mais encore ceux qu'elle permet.

Mais l'ordre donné peut être contraire à la loi, ou

---

(1) Articles 321, 329, 66, 380 du Code pénal : Sur l'application de la légitime défense au cas de meurtre commis par ordre voyez Garraud : *Précis* nº 117, note 3.

bien il peut émaner d'une autorité notoirement incompétente. Il est certain que la criminalité du fait ne peut alors être détruite. La loi pénale commande à tous ceux qui se trouvent sur le territoire, et l'acte qu'elle a qualifié crime ou délit ne peut se trouver justifié par le commandement d'une personne ayant autorité sur une autre. Mais ce commandement peut-il quelquefois supprimer ou atténuer la responsabilité de l'agent subalterne qui a obéi?

La question ne fait pas de doute, chaque fois que le subordonné aura subi une contrainte quelconque. Mais, en dehors de toute contrainte, l'ordre ne produira-t-il jamais d'effets juridiques? M. Garçon et les auteurs modernes admettent la non-culpabilité de l'inférieur lorsqu'il a cru, de bonne foi, que l'acte exécuté n'était pas illégal. La preuve de cette bonne foi, en détruisant l'intention criminelle, fera disparaître la responsabilité.

L'ordre de la loi, la contrainte irrésistible et la bonne foi constituent donc trois faits justificatifs que nous allons rapidement commenter. Ces faits justificatifs pourront trouver leur application dans tous les cas d'infractions commises par ordre. Ils constituent l'élément légal de notre problème, élément invariable et commun aux diverses faces sous lesquelles ce problème peut être envisagé.

§ 1er. — *L'ordre de la loi*

On se rend compte, à la simple lecture, que l'article 327 exige la réunion de deux conditions : 1° l'ordre

de la loi; 2° le commandement de l'autorité légitime. Ces deux conditions étaient déjà exigées dans le Code de 1791. Lors de la préparation du Code pénal, la commission du Corps législatif avait proposé de les séparer. « En cumulant ces deux conditions, portent ses observations, il pourrait se présenter des occasions où la loi ordonne, mais où l'autorité n'est pas là, au même instant, pour donner un ordre d'exécution. Ainsi un gendarme, qui conduit un prisonnier, est attaqué par des individus qui veulent lui enlever le détenu; il se défend et tue l'un des assaillants; il y est autorisé par la loi, mais aucun de ses supérieurs n'est avec lui pour lui ordonner de faire feu. D'un autre côté, un inférieur sous les armes peut recevoir de son chef l'ordre de faire tel acte qui n'est pas prévu ou autorisé par la loi; il paraît donc qu'il conviendrait de n'exiger qu'une des conditions et de mettre le mot ou au lieu du mot et» (1). Cet amendement fut rejeté par le Conseil d'Etat, qui ne motiva pas sa décision.

Il est évident que les observations de la commission du Corps législatif reposaient sur une confusion : la loi ne peut que prévoir et indiquer les circonstances impérieuses dans lesquelles elle autorise l'emploi de la force, mais cette indication ne suffit pas. Il est nécessaire de constater ensuite que ces circonstances ont existé, que les précautions prescrites par la loi ont été prises, qu'il y a eu réellement nécessité de déployer la force. Or, telle est précisément la mission de l'autorité légitime. Elle intervient pour régler

(1) Procès-verbal du Conseil d'Etat, 18 janvier 1810.

l'emploi de la force, pour apprécier sa nécessité; elle demeure responsable de son exercice. Ainsi, deux conditions sont également essentielles : l'ordre de la loi, dans lequel l'emploi des armes puise sa légitimité, et le commandement du fonctionnaire compétent, qui constate sa nécessité actuelle. Ce sont là deux garanties qui protègent la vie des citoyens: sans la première, elle serait abandonnée aux violences arbitraires des agents de l'autorité; sans la seconde, l'application la plus aveugle de la loi en justifierait le sacrifice.

La commission du Corps législatif objectait, il est vrai, que, dans bien des cas, un agent de la force publique est obligé d'agir, pour l'exécution de sa mission légale, avant de recevoir un commandement. Mais alors cet agent se trouve lui-même dépositaire du droit d'apprécier la nécessité de l'emploi des armes et il devient responsable de l'exercice qu'il en fait. Dans ces cas, le commandement de l'autorité compétente est remplacé par l'existence du motif légitime, motif très voisin de la légitime défense et de la provocation, et dont nous reparlerons lorsque nous serons amené à étudier spécialement l'article 186. En somme, ce que la loi a voulu, c'est qu'un agent quelconque, chef ou subalterne, demeurât responsable des violences qu'elle autorisait.

Cette opinion est celle de la majorité des auteurs (1). M. Garçon n'est toutefois pas de cet avis : « La double condition, dit-il, n'est pas nécessaire, car le supérieur

(1) Chauveau-Hélie : IV, 1474; Blanche : V, 64; Garraud : I, 249 et *Précis*, nº 118.

de qui émane le commandement ne peut invoquer un devoir d'obéissance hiérarchique. La légalité de l'acte dont il prend l'initiative suffit pour supprimer sa responsabilité. D'un autre côté, nous pensons que l'inférieur qui obéit à un ordre légal que lui donne son supérieur, trouve sa justification moins dans le commandement qu'il a reçu que dans la légitimité même de l'acte qu'il accomplit. Ainsi, quand l'ordre est légal, il est inutile de parler de contrainte» (1). Malgré l'autorité du professeur Garçon, nous ne saurions adopter cette manière de voir. Il est bien difficile, en effet, de citer un supérieur qui ne doive obéissance à personne. Les plus hauts chefs militaires, tels que les généraux commandants de région, ne peuvent agir que sur la réquisition de l'autorité civile. Or nous verrons que l'autorité civile, qui a le droit de réquisition, n'a pas celui d'adresser à l'armée un ordre précis. Le militaire a besoin d'être requis par le civil, mais l'ordre du civil ne peut se traduire en actes matériels, tels qu'homicides ou violences, que quand le militaire en a reconnu l'opportunité. Et cette opportunité n'existe que si la loi l'a formellement prévue. On voit donc bien que l'ordre de la loi et que le commandement de l'autorité légitime sont inséparables l'un de l'autre et ne peuvent produire d'effets s'ils sont considérés isolément.

D'autre part, nous aurons souvent l'occasion de constater, au cours de cette étude, que les fonctionnaires civils ou militaires n'ont pas à apprécier la

(1) Code pénal annoté, 64, nº 154.

légalité des actes qui leur sont commandés par leurs supérieurs respectifs et avec les formes légales (1). Dans ces conditions, la justification de ces subordonnés réside beaucoup plus dans leur devoir d'obéissance que dans la légalité de leurs actes. Il est donc parfaitement juste de parler de contrainte, même si l'ordre est légal.

§ 2. — *La contrainte*

La contrainte est une cause de justification lorsque, suivant les termes de l'article 64, le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. La loi n'a fait aucune distinction entre la contrainte physique et la contrainte morale; on doit en conclure que l'une et l'autre se trouvent comprises dans sa disposition.

La contrainte physique ne peut soulever de difficultés.

La contrainte morale est celle qui résulte de la menace d'un mal plus ou moins grave. On pourrait nier que cette sorte de contrainte pût être invoquée comme fait justificatif. En effet, une personne placée sous la menace d'un mal, sans violence physique, agit avec une certaine volonté et concourt dans une certaine mesure à l'acte qu'elle exécute. Mais on ne peut demander à chaque citoyen d'être un héros et de se résoudre à mourir plutôt que de manquer à son devoir.

---

(1) Instruction du 20 août 1907, art. 17, et Conseil d'Etat, 13 mars 1908 (S. 1910, 3, 76). Commune de Boutevilliers.

La loi ne peut exiger de chaque individu la fermeté de caractère nécessaire pour surmonter sa crainte. C'est donc avec raison que le Code a placé la contrainte au nombre des faits justificatifs.

Mais toute contrainte morale ne saurait avoir l'effet de justifier le prévenu. Il ne suffit pas, comme l'indique l'article 1112 du Code civil, qu'elle soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle puisse lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. Aux termes de la loi pénale, il faut que cette contrainte soit telle qu'il n'ait pas été possible d'y résister. Il faut, comme chez les Romains, qu'elle soit capable de faire une impression assez forte pour que l'homme le plus ferme en soit ébranlé.

A cet égard, on distingue plusieurs sortes de menaces. Celles qui ont pour objet la vie même de l'agent sont les plus puissantes; celles qui ne concernent que ses biens doivent moins solliciter le sacrifice de ses devoirs et de sa conscience. En général, et à la différence du droit civil, les premières seules sont susceptibles de justifier le prévenu. Cependant, il faut établir une proportion entre le mal à éviter et le mal à faire, et la question ne saurait se résoudre en théorie d'une façon abstraite. Peut-on condamner celui qui, pour éviter un mal considérable, commet un délit légal et réparable? La Cour suprême a très justement décidé que le fait d'avoir coupé et enlevé du bois dans une forêt appartenant à autrui est dépourvu du caractère délictueux lorsque son auteur a agi pour obéir aux réquisitions de troupes ennemies et dans

la crainte du pillage et de tous les dangers qui pouvaient être la conséquence du refus. (Cass., 2 décembre 1871, D. 71, 1, 366).

De plus, l'article 1112 du Code civil porte qu'on a égard en cette matière à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. Cette règle de bon sens est applicable à toutes les juridictions. Tous les hommes ne sont pas doués de la même fermeté. Une violence légère produit quelquefois sur une femme ou sur un enfant le même effet que les violences les plus graves sur les âmes courageuses. Dans ces conditions, les personnes continuellement placées sous l'autorité d'autrui, telles que militaires, commis, femmes mariées, domestiques, sont-elles aussi coupables que d'autres, si la crainte du chef ou du maître les fait manquer à leur devoir?

Enfin, il convient de remarquer qu'une contrainte qui, prise en elle-même, n'est pas irrésistible, peut cependant le devenir par suite de considérations d'ordre moral, social ou politique. Nous verrons bientôt que les militaires sont le plus souvent irresponsables des infractions qu'ils exécutent par ordre. Or ils ne sont pas toujours placés dans l'alternative d'obéir ou de perdre la vie. Mais il y a, pour le pays, une nécessité impérieuse : celle d'être protégé par son armée. Or cette armée ne peut exister sans obéissance. On peut donc dire que, dans la majorité des cas, le soldat est irrésistiblement contraint d'obéir, non par la crainte de subir un châtiment, mais par l'absolue nécessité d'une discipline militaire qui constitue la sauvegarde du pays. De même, une femme peut être irrésistiblement contrainte d'obéir à son

mari, non par la crainte des violences qu'il pourrait lui faire subir, mais par la nécessité impérieuse pour elle de protéger ses enfants et de sauver l'honneur de la famille (1).

Les juges devront donc apprécier ces circonstances et dégager l'effet probable de la menace sur le prévenu. Les règles morales ne sont point absolues, les mêmes actions ne peuvent se mesurer au même niveau. La loi pose un principe général, mais son application doit être soumise à des considérations diverses.

On conçoit facilement que la jurisprudence n'a pas eu souvent l'occasion d'examiner des situations où la contrainte se présentait irrésistible en elle-même. La Cour de Grenoble a jugé que la contrainte doit résulter non d'un risque éventuel et futur, mais d'un péril certain et imminent; que celui qui invoque cette excuse doit rapporter la preuve qu'il a été dans la nécessité de commettre l'infraction sous peine d'être brusquement et irréparablement frappé dans sa personne ou dans son patrimoine, et qu'avant de recourir à cette extrémité, il a tenté tout ce qui était humainement possible (30 mai 1901, S, 1903, 2, 298). Or, la Cour de Cassation a décidé que tel était le cas d'un condamné à la transportation, en cours de peine, tenu à l'obéissance passive vis-à-vis des fonctionnaires de l'Administration pénitentiaire qui, chargé du service des embarcations de cette administration, reçoit l'ordre de prendre dans une de ses embarcations,

(1) Ci-dessous, chap. I et III du titre II.

pour les transporter à terre, des sacs contenant du café importé en fraude. (Cass., 18 janvier 1902, S, 1903, 1, 247.)

Mais s'il résulte des faits de la cause que les menaces ou les violences n'étaient pas suffisantes pour ébranler l'agent, si l'agent n'a cédé qu'à la crainte d'un mal léger ou éloigné, si appréciée soigneusement en la personne du prévenu, la force à laquelle ce dernier a obéi n'était pas irrésistible, la cause de justification disparaît. Il a agi avec une certaine volonté, son concours n'a pas été indépendant de lui-même et il en demeure responsable. Mais il est juste de lui tenir compte, en ce cas, de la contrainte partielle qu'il a éprouvée. On prononcera le minimum de la peine et les circonstances atténuantes pourront être accordées.

En notre matière, les juges ou les jurés (1) devront donc apprécier : 1° la gravité de la contrainte physique ou morale; 2° le degré d'intelligence et de résistance morale du subordonné; 3° l'obéissance plus ou moins stricte qui était due par ce subordonné à son supérieur. Nous verrons bientôt que cette appréciation du devoir d'obéissance joue un rôle capital.

§ 3. — *La bonne foi*

On sait qu'une infraction n'est réalisée que par la réunion des trois éléments suivants : un élément légal, constitué par un texte de la loi pénale; un élément

(1) Les jurés n'étant pas des magistrats de profession, il appartiendra au défenseur de l'accusé d'éclairer le jury à ce sujet.

matériel, réalisé par l'accomplissement d'actes prohibés; enfin un élément intentionnel, qui existe toutes les fois que l'agent jouissant de son libre arbitre, et n'ayant subi aucune provocation, se résout néanmoins à commettre l'infraction. Cet élément fait défaut si le prévenu a été contraint par une force irrésistible ou s'il était en état de démence. Il fait également défaut si le prévenu a agi de bonne foi.

La bonne foi est un terme assez vague. C'est un état de conscience qui influe sur l'intention. En dernière analyse, dit M. Garçon (1), on peut dire que la bonne foi est la cause et le défaut d'intention l'effet. La bonne foi ne justifie le prévenu qu'autant qu'elle produit ce défaut d'intention. Plaider la bonne foi, c'est donc nier avoir eu connaissance du caractère délictueux ou criminel de l'ordre reçu. La bonne foi n'est prévue par aucun texte. Mais puisqu'elle joue, dans toutes les infractions intentionnelles, un rôle essentiel, nous faisons cependant rentrer son étude dans l'élément légal de notre problème.

La bonne foi peut être envisagée dans trois situations différentes : 1° il n'y a pas eu d'intention coupable; 2° il y a eu erreur de fait; 3° il y a eu erreur de droit.

Dans le premier cas, toutes les infractions intentionnelles resteront impunies. Mais les faits dans lesquels la loi n'envisage pas d'intention coupable, mais seulement un défaut de prévoyance, de précau-

(1) Code pénal annoté, 1, n° 82 s.

tion ou d'habileté, ou une simple négligence sont punissables (1).

Dans le second cas, l'existence d'une erreur de fait, relative à un élément essentiel du délit, supprime l'intention : on se trouve alors en présence d'un accident et non d'une infraction. Tel est le cas d'un empoisonnement causé par une substance que l'agent croyait inoffensive.

Ces solutions sont-elles encore admissibles lorsque l'auteur de l'infraction invoque l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi? Il est certain que l'ignorance de la loi ou l'erreur sur son interprétation ne peut justifier une infraction. « Nul n'est censé ignorer la loi », et cette règle doit s'appliquer aussi bien aux infractions intentionnelles qu'aux autres. Cette règle incontestable se concilie toutefois difficilement avec la notion de bonne foi : celui qui ne connaissait pas la loi n'a pu savoir qu'il ne la respectait pas. Tout au plus, dans les cas graves, peut-on dire que la conscience de l'agent aurait dû l'avertir que l'acte commis était blâmable. Mais cette raison est faible, puisque la loi ne punit pas certains actes immoraux. La vérité est que cette règle est une présomption juris et de jure sans laquelle le droit pénal ne se comprendrait pas. L'erreur de droit ne peut davantage excuser une infraction. Nul ne peut se soustraire à l'application de la loi en l'interprétant mal, et une faute reste toujours à la charge de l'agent qui s'est mal renseigné sur la portée de la loi.

---

(1) Articles 319, 320, et toutes les contraventions de police.

Enfin, il importe de remarquer que la bonne foi d'une personne est inconciliable avec l'emploi de la contrainte morale à son égard (1). La bonne foi implique nécessairement la liberté de la volonté. Par là même, nous sommes amené à constater que la bonne foi d'un subordonné ne peut être influencée par l'ordre de son supérieur hiérarchique. Si le subordonné est de bonne foi, c'est qu'il a agi librement : il n'a donc subi aucune contrainte. Mais, comme la contrainte, la bonne foi doit être envisagée « in concreto », c'est-à-dire en la personne du prévenu. C'est ainsi que le soldat, placé dans l'obligation d'obéir passivement et de se livrer souvent à des violences, doit bénéficier plus souvent de la bonne foi que tout autre subordonné.

Il est toutefois impossible d'admettre la bonne foi quand l'illégalité de l'ordre est manifeste. Si le chef commande le pillage ou l'incendie, il ne peut plus être question de bonne foi. De plus, il faut que l'ordre concerne un objet du ressort du supérieur. Si celui-ci s'écarte nettement de ses attributions, le subordonné n'est plus tenu d'obéir et devient alors coauteur ou complice du fait par son obéissance.

§ 4. — *Effets des trois faits justificatifs*

L'existence des conditions requises par l'article 327, par l'article 66, du motif légitime prévu par l'article

---

(1) Cass. 19 février 1875. Ci-dessous, titre II, chap. III, arrêt Perkins.

186, de la bonne foi, produit un fait justificatif et non une simple excuse. « Il n'y a, dit le texte, ni crime ni délit... ». Aucune peine ne peut donc être appliquée; l'action publique ne doit pas être mise en mouvement. Et si, pour une circonstance particulière, l'action publique a été mise en mouvement, le juge d'instruction possède alors le pouvoir d'apprécier si le prévenu est couvert par un fait justificatif et de rendre une ordonnance de non lieu.

Il existe cependant une certaine différence entre les effets de l'ordre de la loi et ceux de la contrainte irrésistible ou de la bonne foi. L'ordre de la loi donne seul le droit de faire l'acte. De plus, l'ordre de la loi est une cause de justification pour tous ceux qui ont assisté l'agent, car on ne peut concevoir de participation criminelle à des actes ordonnés ou justifiés par la loi. L'article 327 agit donc « in rem »; il efface objectivement la criminalité de l'acte. La contrainte et la bonne foi ne donnent pas le droit de faire l'acte. Elles ne peuvent être invoquées, en cas de participation de plusieurs agents à l'infraction, que par celui des codélinquants en la personne duquel elles se rencontrent. Elles agissent « in personam », subjectivement, et détruisent, non la criminalité du fait, mais la culpabilité de l'agent (1). Il faut donc dire que la contrainte et la bonne foi sont plutôt des causes de non-imputabilité que des faits justificatifs.

---

(1) C'est ainsi que le complice peut être puni en cas d'infraction commise par ordre, bien que l'auteur principal ne soit pas punissable comme ayant agi de bonne foi (S. 35, 1, 791).

Après avoir ainsi précisé ce que nous entendions par l'élément légal de notre problème, il nous faut envisager maintenant l'étude de l'élément moral dudit problème. Nous avons dit que la loi était la même pour tous. Par exemple, les conditions exigées par l'article 64 seront exigées pour produire l'irresponsabilité, aussi bien chez le soldat que chez le fonctionnaire, ou que chez l'ouvrier. Mais si l'élément légal reste toujours le même, s'il conserve toujours son caractère général et rigide, l'élément moral, indispensable dans toute infraction, est par contre essentiellement souple, nuancé et variable. C'est donc l'étude de ce dernier qui va nous permettre de mesurer le degré d'imputabilité des faits matériels aux divers subordonnés.

Et, parmi cet élément moral, l'appréciation de la contrainte prend tout de suite une place prépondérante. En effet, la loi permet ou ne permet pas, ordonne ou n'ordonne pas. Il est donc facile au juge d'examiner si l'ordre de la loi a été dépassé. De même la bonne foi qui, avons-nous dit, ne peut être influencée par l'ordre sous peine de devenir contrainte, ne peut faire naître de sérieuses difficultés d'appréciation. Il ne reste ainsi, comme véritable élément moral, que la recherche de l'importance variable qui doit être attribuée par le juge à la contrainte, suivant qu'elle sera née en la personne d'un militaire, d'un fonctionnaire ou de tout autre subordonné. Cette contrainte va varier en raison directe de ce que nous appellerons le lien hiérarchique, c'est-à-dire le rapport d'autorité qui existe entre un supérieur et un inférieur. Cette

contrainte sera d'autant plus sérieuse que le lien hiérarchique sera plus étroit.

Entre le soldat et l'officier, entre le fonctionnaire et son chef il existe un rapport d'autorité, il y a un lien hiérarchique. Mais, entre l'ouvrier et son patron, il y a plus qu'un contrat, il n'y a plus qu'un louage de services qui peut se rompre au gré des parties. Entre mari et femme, le mariage établit un lien à la fois légal et moral, mais crée-t-il un véritable lien hiérarchique? Enfin, quelle est la nature du lien en vertu duquel un citoyen doit obéir au garde champêtre, à l'agent de police?

La contrainte, ainsi envisagée en raison directe du lien hiérarchique, sera presque nulle chez l'ouvrier ou le domestique, qui peuvent reprendre leur liberté dès qu'ils le désirent, sous la seule réserve de tenir compte du délai-congé. Elle sera puissante chez le militaire et considérable chez le fonctionnaire, qui ne jouissent plus de la même faculté. Quant à la femme qui, si elle désire rompre le lien conjugal, n'a d'autre ressource que le divorce, remède parfois empirique, peut-on admettre qu'elle a été contrainte par son mari? Autant de questions à résoudre, de solutions à rechercher.

Dans le titre suivant, qui constitue à dessein la partie principale de notre travail, nous nous proposons d'examiner les différents aspects des trois faits justificatifs et particulièrement de la contrainte, en face du lien hiérarchique.

Cet examen nous permettra de résoudre, en même temps, le problème du conflit de la discipline et de

la légalité. Certains subordonnés sont soumis au devoir d'obéissance par la loi elle-même; tels sont les militaires, les fonctionnaires, les femmes mariées et les enfants. Mais la loi n'ordonne pas aux ouvriers et aux préposés d'obéir au patron : cette sorte de discipline n'est que contractuelle. Aucun conflit n'est donc possible entre l'ordre du maître, qui n'a aucun caractère légal et réglementaire, et la loi pénale qui commande impérieusement à tous.

Pour les subordonnés soumis au devoir légal d'obéissance, il faudra rechercher dans quelle mesure une injonction de la loi pénale peut être supplantée, soit par l'ordre de service d'un supérieur hiérarchique, soit par l'ordre du chef de famille investi de la puissance maritale ou de la puissance paternelle. La solution ne fait pas de doute s'il s'agit de la femme mariée et des enfants. Le père de famille, qui tire son pouvoir de la loi, ne peut en user que dans les limites prévues par cette même loi. La loi civile ne peut permettre au père ou au mari de porter atteinte à la loi pénale.

S'agit-il des militaires ou des fonctionnaires civils? En principe, la solution doit être la même. Mais nous verrons que la discipline militaire et que la discipline administrative sont profondément nécessaires et sont justifiées par l'intérêt général du pays. D'impérieux besoins, des motifs d'ordre supérieur pourront-ils quelquefois justifier une violation de la loi pénale, en contraignant un subordonné à obéir passivement? C'est ce que nous allons essayer d'indiquer dans les pages qui vont suivre.

TITRE II

Les solutions concrètes du problème Etude du lien hiérarchique

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ DES MILITAIRES

SECTION I

Exposé doctrinal

L'armée joue dans la nation un rôle fondamental. En temps de paix, elle est appelée à faire respecter l'ordre public, les lois et la Constitution. En temps de guerre, elle assure la défense du territoire. Cette protection des lois et cette défense du sol national ne peuvent s'exercer sans certaines violences. Ces violences atteignent des personnes ou des biens. Mais, sous peine de se voir adresser les mêmes reproches qu'à l'armée allemande, notre armée ne peut faire agir son activité que dans les limites du droit. Les tribunaux doivent poursuivre et punir ceux de nos soldats qui s'écartent de cette obligation, de ce

devoir. L'ordre d'un supérieur hiérarchique ne doit donc pas avoir pour conséquence d'empêcher le châtiment d'atteindre le coupable. Heureusement, la rareté des jugements ou arrêts, rendus en cette matière, indique que les diverses juridictions n'ont pas eu souvent l'occasion de se prononcer sur des cas semblables. En effet, la dignité des supérieurs de nos armées se révolterait à la pensée d'ordonner à leurs subordonnés de commettre des actes délictueux ou criminels. Mais un militaire, sans paraître fauter contre l'honneur, peut cependant se rendre coupable d'infractions graves, qu'il importe à l'ordre public de ne pas laisser impunies. Nous allons rechercher quel usage nous pourrons faire, en présence de ces infractions, des données des chapitres précédents.

Nous distinguerons : *A*, les cas où aucune responsabilité ne sera encourue; *B*, les cas où une responsabilité pourra être envisagée.

A

L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime justifient tous les faits de guerre légalement déclarée. Par faits de guerre, nous n'entendons que ceux directement causés par les nécessités immédiates de la lutte : homicide commis sur un soldat ennemi, sur un soldat français déserteur ou refusant d'obéir dans l'action, destructions, dégradations et dommages absolument nécessaires.

En tout temps sont justifiés : l'homicide, les coups; les violences prévues par des textes de loi ou ayant force de loi; actes commis par la force publique pour

dissiper un rassemblement après les sommations légales (instruction du 20 août 1907, article 23); homicide commis par les troupes réquises par l'autorité civile, lorsque des violences sont exercées contre elles ou lorsqu'elles ne peuvent défendre autrement les postes qui leur ont été confiés (article 174 du décret du 20 mai 1903); homicide commis par les gendarmes dans les cas spécifiés par les articles 272, 280, 281 du décret du 20 mai 1903 (résistance et rébellion envers l'autorité); homicide commis par une sentinelle après les sommations légales, ou par une sentinelle attaquée, en vertu du règlement sur le service des places (articles 26, § 7, et 34 du décret du 7 octobre 1909); homicide commis par le cadre des compagnies disciplinaires des colonies ou par le cadre des pénitenciers, en vertu des règlements et consignes de ces établissements; violation de domicile commise par les gendarmes, dans les cas prévus par l'article 169 du décret du 20 mai 1903, etc. (1).

Tous ces actes, bien entendu, ne sont justifiés que si l'ordre de la loi est accompagné, soit du commandement de l'autorité légitime, soit d'un motif légitime.

Quelles sont donc les autorités desquelles peut

---

(1) « La maison de chaque citoyen est un asile où la gendarmerie ne peut pénétrer sans se rendre coupable d'abus de pouvoir, sauf dans les cas déterminés ci-après :

« 1° Pendant le jour, elle peut y entrer pour un motif formellement exprimé par une loi, ou en vertu d'un mandat spécial de perquisition décerné par l'autorité compétente;

« 2° Pendant la nuit, elle ne peut y pénétrer que dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur. »

émaner l'ordre légitime de mettre en mouvement la force armée? Tout d'abord le Président de la République, qui tire ce pouvoir de la Constitution de 1875. Seul, parmi toutes les autorités civiles, le chef de l'Etat dispose du droit général de mettre en mouvement la force armée. Le Président de la Chambre et le Président du Sénat disposent aussi de ce droit, mais seulement en ce qui concerne la défense de ces assemblées contre les coups de force. Les agents du Gouvernement, tels que préfets et maires, ne peuvent disposer de l'armée. Ils n'ont à leur disposition que les agents civils de la force armée, tels que gardes champêtres et agents de police. Aucun fonctionnaire n'a le droit d'adresser à l'armée un ordre précis. Cependant, certains fonctionnaires peuvent lui adresser des réquisitions (1).

Le droit de réquisition est tout différent du droit de disposition. En effet, le droit de disposition est un droit sans limites, qui ne peut appartenir qu'au souverain. Le droit de réquisition ne confère que la possibilité de faire venir des militaires en armes sur un point déterminé. Il ne confère pas le droit de commander à ces militaires d'accomplir un fait déterminé. La forme de réquisition est déterminée par l'article 22 de la loi du 3 août 1791 et par l'article 12 de l'instruction du 20 août 1907. La réquisition doit

(1) Ce sont les préfets, sous-préfets, maires et adjoints, procureurs généraux, procureurs de la République et leurs substituts, présidents de Cours et Tribunaux, juges d'instruction, juges de paix et commissaires de police.

être écrite et signée; elle doit indiquer le but dans lequel elle est établie, et les chefs militaires n'ont pas à apprécier si ce but est légal (1).

Les autorités auxquelles peuvent être adressées des réquisitions sont les chefs de poste et commandants des gardes, piquets et patrouilles, dans les cas et conditions prévus par les articles 29 et 36 du décret du 7 octobre 1909; les commandants d'armes, lorsque les troupes doivent agir sur place ou dans un rayon de 10 kilomètres (sauf toutefois lorsque, par suite de l'interruption des communications télégraphiques ou téléphoniques, l'autorité civile ne peut s'adresser aux officiers généraux compétents) [2]; les généraux de brigade ou de division commandants de région.

Les chefs de poste, piquets et patrouilles, prêtent main-forte, lorsqu'ils en sont requis, aux officiers de police et agents pour l'arrestation des individus délinquants ou perturbateurs, aux préposés des contributions indirectes, douanes, octrois, dans l'exercice de leurs fonctions (3). Si l'intervention militaire présente un caractère d'urgence, il n'est pas nécessaire que la réquisition soit écrite. L'autorité militaire a toujours interprété en ce sens l'article 66 du décret du 23 octobre 1883, dont l'article 29 du décret du 7 octobre 1909 ne fait que reproduire les termes. Il est évident que, dans ce cas, il ne saurait être question de réquisitions écrites, puisqu'il est dit un peu plus

---

(1) Instruction du 20 août 1907, art. 17.
(2) Circ. Guerre, 11 mai 1909; circ. Chancell., 28 août 1909.
(3) Décret du 7 octobre 1909, art. 29, §§ 1 et 2.

loin, dans le même article, qu'un inconnu peut réclamer le secours de la garde, même à raison d'un délit ou d'un dommage qui ne serait pas apparent.

Enfin les chefs de poste, et même tous les militaires, doivent, conformément à l'article 106 du Code d'instruction criminelle, arrêter les individus poursuivis par la clameur publique ou surpris en flagrant délit, et les remettre à la gendarmerie ou à l'autorité de police la plus proche (1). Si un inconnu réclame l'assistance de la garde pour arrêter une autre personne en raison d'un délit qui n'est pas bien constaté, le chef de poste fait conduire le plaignant et la personne dont il demande l'arrestation devant le commissaire de police (2). Si le chef de poste est informé que des désordres sérieux, où sont impliqués des militaires, se produisent dans un café, cabaret ou autre lieu public, il y envoie un gradé avec le nombre d'hommes nécessaire pour faire cesser le désordre et arrêter les perturbateurs. Mais si les désordres se produisent en d'autres lieux, le chef de poste ne peut agir que sur la réquisition de l'occupant ou avec l'assistance du commissaire de police, à moins que des cris tels qu'au feu, au secours, ne se fassent entendre à l'intérieur ou ne soient poussés par des gens qui viennent de sortir (3).

On voit donc que la réquisition peut revêtir des aspects très variés. Toutes les fois qu'une réquisition

---

(1) Instruction Guerre du 24 juin 1903, art. 26; décret du 7 octobre 1909, art. 29, § 4.

(2) Article 29, § 6.

(3) Article 30, §§ 1 et 2.

se présente avec ce caractère légal, les chefs militaires doivent y obtempérer, faire prendre les armes à leur corps et l'amener au lieu indiqué. Ce devoir est sanctionné par l'article 234 du Code pénal. Mais le chef militaire requis garde son indépendance à l'égard de toute autre autorité que celle du chef de l'Etat. Les fonctionnaires civils n'ayant pas le droit de donner des ordres aux chefs militaires, ceux-ci ne peuvent être couverts par la réquisition. Toute mesure illégale ordonnée par eux engage donc leur responsabilité. Ils ne peuvent échapper à cette responsabilité en invoquant un ordre donné par l'autorité civile. Cette dernière a épuisé sa compétence en requérant l'intervention militaire (1).

Ceci posé, nous expliquerons facilement la difficulté suivante : lorsque l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime sont exigés pour justifier une infraction, comment concilier la réunion de ces deux conditions, qui nécessite un certain examen de l'ordre reçu, avec les exigences de la discipline militaire? Il faut faire une distinction entre le chef et le soldat. Celui-ci ne sera pas responsable des actes qui lui auront été commandés par ses chefs, du moins lorsque l'illégalité des actes ne sera pas évidente et lorsque le chef ne sera pas sorti de ses attributions militaires. En principe, le soldat doit présumer que l'ordre donné par un gradé dans l'exercice de ses fonctions est légal. Le soldat ne doit donc encourir aucune responsabilité

(1) Article 92 du décret du 20 mai 1903.

à raison de l'exécution d'un ordre. Quant au chef, les deux conditions prévues par l'article 3 7 seront toujours exigées pour détruire sa responsabilité. En effet, l'officier, en vertu des pouvoirs que son grade lui confère, de la connaissance qu'il doit avoir des règlements et de son expérience personnelle, peut envisager les situations difficiles avec sang-froid et savoir exactement quand il doit donner à sa troupe l'ordre d'agir. Dans ces conditions, il est juste qu'il soit responsable.

Il y a enfin, avons-nous dit, une série de cas, tels ceux prévus par les articles 272, 280 du décret du 20 mai 1903, dans lesquels l'ordre de la loi doit être accompagné d'un motif légitime. Dans ces cas, des infractions contre les personnes ou contre la propriété pourront être commises lorsqu'elles seront rendues nécessaires par un motif légitime, motif qui remplacera ici le commandement de l'autorité. Il est nécessaire qu'il en soit ainsi, car dans les cas prévus par les textes précités, situations appelant des solutions d'extrême urgence, les agents de la force publique ne pourraient jamais remplir leur mission s'ils étaient forcés de demander des instructions à leurs supérieurs. D'ailleurs, il faut absolument que force reste à la loi et il n'y a que ce moyen là pour y parvenir. Cependant, une difficulté réside dans l'appréciation de la légitimité du motif. Jusqu'à quel point peut-on considérer qu'un motif est légitime? Nous réservons l'examen de cette question, qui n'est pas particulière aux militaires, pour le chapitre suivant.

B

Lorsque les conditions spécifiées ci-dessus font défaut, une responsabilité peut être encourue par les militaires coupables. Par exemple en cas d'émeute, d'attroupement, d'atteinte à la paix publique, des militaires recourent à l'emploi de la force sans l'ordre de leur chef; des officiers, dans les mêmes circonstances, ordonnent des actes de violence sans réquisition de l'autorité civile, ou sans les sommations prescrites par la loi, ou pour satisfaire une vengeance particulière; des agents de l'autorité, des sentinelles font usage de leurs armes sans motif légitime; en temps de guerre, des chefs ordonnent des atrocités ou des destructions et pillages.

De ces quelques exemples et des explications déjà fournies, il ressort que les soldats ou gendarmes peuvent se trouver placés dans deux situations différentes : ou bien ils agissent seuls, librement, avec pleine conscience de leur responsabilité, en vertu de leurs règlements ou consignes, ou bien ils agissent sous l'autorité directe et immédiate d'un de leurs supérieurs. Dans le premier cas, ils ont un certain pouvoir d'appréciation; ils doivent exécuter leur consigne et faire leur devoir, mais ce devoir est souvent susceptible de plus ou de moins. Les limites d'exécution de l'ordre sont assez vastes. Dans le second cas, au contraire, ils ne peuvent que choisir entre l'obéissance passive et le refus d'obéissance. La contrainte morale est beaucoup plus puissante dans le dernier cas que dans le premier. La responsabilité

encourue ne peut être la même pour l'une et pour l'autre situation.

La première hypothèse ne nous retiendra pas longtemps. Elle se résout par une question de fait, par l'appréciation de la légitimité du motif invoqué pour excuser l'infraction commise. Le militaire doit comprendre la consigne qui lui est donnée et l'interpréter raisonnablement. Nous verrons bientôt quelle est, à ce point de vue, l'opinion de la jurisprudence.

Abordons la seconde hypothèse. Ici, le discernement de la solution se fait plus difficile, car nous nous trouvons maintenant en présence de deux principes d'ordre supérieur qui vont entrer en conflit : le respect de la discipline et le respect de la loi. Quel est le devoir du soldat qui reçoit de son chef l'ordre d'accomplir un acte répréhensible? Cette question présente un double intérêt : si le soldat s'abstient, est-il punissable pour refus d'obéissance? S'il obéit, risque-t-il d'encourir une sanction pénale?

D'après une première opinion, le soldat est tenu à l'obéissance passive. Il est coupable s'il refuse d'exécuter un ordre, et il n'encourt aucune responsabilité s'il l'exécute. En faveur de cette théorie, on peut invoquer le principe bien connu que « la discipline fait la force principale des armées ». Dans l'exécution d'un ordre, le règlement sur le service intérieur condamne toute hésitation, même basée sur un doute relatif à la légalité de l'ordre. Sans obéissance, il n'y a pas de cohésion possible; sans cohésion, pas de hiérarchie; sans hiérarchie, pas de troupes. L'ordre du chef doit se transmettre d'échelon en échelon, sans

qu'aucun offre la moindre résistance. Une hésitation passagère, un retard d'un instant peut compromettre le succès d'une opération (répression d'une grève, d'une émeute ou opération de guerre). La loi suprême du soldat devant être l'obéissance, il se trouve que lorsqu'un soldat obéit, il agit toujours conformément à la loi, à sa loi particulière. Le soldat n'est plus un citoyen. Il doit faire abstraction de son libre arbitre, de ses opinions personnelles; la volonté du supérieur est donc la seule loi qu'il puisse connaître : l'ancien règlement sur le service intérieur du 20 octobre 1892 ne disait-il pas, dans son article premier, que les supérieurs doivent avoir pour leurs subordonnés les égards « dus à des hommes dont la valeur et le dévouement procurent *leur succès* et préparent *leur gloire* »? Ce texte, abrogé par le règlement du 25 août 1913, consacrait nettement cette idée que la religion du soldat ne doit être ni la Patrie, ni la République, ni toute autre abstraction (1), mais son chef, rien que son chef. Une armée bâtie sur ces principes constitue une force redoutable dont le pays qui la possède peut être fier. Mais ces principes, auxquels s'attachent tant de faits d'armes et tant de gloire, ces principes devant lesquels nous nous inclinons avec respect, sont-ils admissibles en droit?

Le soldat qui, par ordre, se fait incendiaire, voleur,

---

(1) Le texte nouveau porte : « ...et de leur témoigner tous les égards dus à des compagnons d'armes qui assument avec eux la mission de faire observer les lois de la République et de sauvegarder l'indépendance et l'honneur de la patrie ».

assassin, faussaire, doit-il rester impuni? Une telle solution ne peut être admise. L'obéissance passive répugne d'ailleurs à la raison et blesse la sensibilité. Elle a parfois quelque chose de barbare et de cruel, que Vigny a mis en relief d'une façon saisissante dans *Laurette ou le Cachet Rouge* et Coppée dans *La Bénédiction*. De plus, elle est contraire aux textes. En effet :

1° L'article 327 du Code pénal exige non seulement le commandement de l'autorité légitime, mais encore l'ordre de la loi. Or la loi ne peut jamais ordonner le crime.

2° L'article 25 de la loi du 29 juillet 1881, sur la presse, punit la provocation qui a pour but de détourner les militaires de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs, mais seulement « dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et des règlements militaires ». Ce texte a été précisément écrit pour exclure l'obéissance passive et pour remplacer l'article 2 de la loi du 27 juillet 1849, qui punissait la « provocation adressée aux militaires, quand elle avait pour but de les détourner du devoir et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs ». Cette disposition consacrait donc le système que nous combattons et favorisait ainsi les coups d'Etat.

3° L'article 2, § 2, de la loi du 28 juillet 1894 punit celui qui aura adressé une provocation aux militaires « dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs, dans ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires et la défense de la Consti-

tution républicaine ». En cas de crime contre la loi constitutionnelle, ce texte ordonne donc nettement au soldat de désobéir.

4° L'article 250 du Code de justice militaire punit les pillages commis par des militaires en bandes et spécifie que si les gradés encourent dans ce cas la peine de mort et la destitution, les soldats encourent les travaux forcés. Ce texte prévoit donc la responsabilité des subordonnés. Pour échapper à la répression, le soldat ne peut que désobéir.

Il semble résulter des textes ci-dessus que le devoir du soldat est d'obéir à son chef lorsque celui-ci obéit lui-même à la loi et respecte la Constitution. Cette question a été vivement discutée au Sénat le 29 juillet 1882 (1). M. Labordère réclamait une modification à l'article 218 du Code de justice militaire, ayant pour but de décider que le soldat ayant désobéi à un ordre illégal ne serait jamais punissable. « L'obéissance militaire, disait-il, s'arrête lorsque l'ordre devient criminel. Les lois sont faites pour les soldats comme pour les autres citoyens. Il n'y a pas de loi qui ordonne de désobéir aux lois. L'armée n'est pas un Etat dans l'Etat ». Le Sénat refusa de voter cette disposition qu'il jugea dangereuse par ses conséquences. Cependant, le vote des textes contenus dans les lois précitées, datant à peu près de la même époque, prouva que le législateur ne voulait pas consacrer la théorie de l'obéissance passive. Si de ces textes nous tirions un principe général, nous pourrions dire que le soldat

(1) *J. O.* : Sénat, p. 937.

ne doit obéir qu'aux ordres légaux qui lui sont donnés. Mais cette seconde opinion, à laquelle le Sénat craignait justement d'aboutir, doit être rejetée comme étant destructive de toute discipline militaire.

Ce qu'il faut admettre, c'est que le soldat doit obéir chaque fois que l'ordre n'est pas d'une illégalité frappante et intolérable. Quelle que soit la nécessité de la discipline militaire, il faut bien envisager le refus d'obéissance chaque fois que l'exécution de l'ordre constitue clairement un crime ou un délit grave. Nous adoptons donc, avec M. Barthélemy (1), la thèse de l'obéissance passive limitée par l'absurde.

En conséquence, lorsque l'illégalité de l'ordre n'est pas manifeste, lorsque l'obéissance n'est pas raisonnablement absurde, le soldat doit être considéré comme ayant agi de bonne foi. Cette solution, avantageuse pour lui, s'impose dans l'intérêt général. La discipline militaire étant la plus nécessaire et la plus rigoureuse de toutes, il importe que le soldat ait le plus petit nombre possible de motifs de ne pas l'observer. C'est ainsi que le soldat doit être irresponsable de la plupart des actes qu'il commet en temps de guerre, car à ce moment la discipline est plus rigoureuse que jamais, et d'un certain nombre d'actes commis en temps de paix. Parmi ces derniers, citons seulement le refus d'obéir aux réquisitions légalement faites de l'autorité civile. Dans ce cas, la troupe n'est en effet qu'un instrument passif entre les mains du

(1) L'ordre hiérarchique et la responsabilité des agents, *Revue du Droit public*, 1914.

chef qui la commande, et elle ne peut mesurer la portée de son inaction. Quant au crime contre la loi constitutionnelle, nous avons vu qu'il ne peut en aucun cas être excusé.

C'est dans cette très large appréciation de la bonne foi que réside le criterium permettant de différencier la responsabilité pénale du soldat de celle de tout autre subordonné qui n'est pas susceptible de bénéficier d'une aussi grande protection.

Enfin, la justification des infractions commises par les militaires peut se trouver encore dans la contrainte irrésistible, c'est-à-dire dans la menace de perdre la vie. Cette contrainte sera fréquente en temps de guerre, car les règlements militaires donnent alors aux chefs le droit de « forcer l'obéissance » de leurs hommes.

Dans tous les autres cas, les circonstances atténuantes peuvent être accordées, si les juges estiment qu'une contrainte partielle a été créée par le devoir d'obéissance.

SECTION II

Les solutions jurisprudentielles

Dans l'appréciation de la responsabilité des militaires, la jurisprudence ne s'est pas écartée des règles qui viennent d'être exposées. Plusieurs décisions admettent la théorie de l'obéissance passive, limitée seulement par l'illégalité manifeste. Le Tribunal de Bourges a jugé qu'un caporal de la garde nationale,

qui avait opéré une arrestation arbitraire, était couvert par l'ordre reçu, alors qu'il avait pu croire que cet ordre ne sortait pas des limites des attributions de son chef de poste (1). Même solution dans l'affaire Desreumeaux : le sieur Desreumeaux, officier de territoriale, demandait qu'il fût fait application de l'article 117 du Code pénal à un colonel qui l'avait convoqué contrairement à la loi, mais conformément à des instructions ministérielles, et au lieutenant Lesur qui, sur l'ordre du colonel, l'avait arrêté et fait mettre aux arrêts de forteresse. Desreumeaux prétendait que ces agissements lui avaient causé un préjudice matériel et moral, et réclamait une somme de 375 francs pour les quinze jours de détention qu'il avait subis, soit 25 francs par jour, maximum prévu par l'article 117. Le jugement du Tribunal de Lille, statuant comme juridiction d'appel, est ainsi motivé : « Attendu que Desreumeaux n'a pas, avec raison, insisté dans sa plaidoirie sur le cas du lieutenant Lesur; que celui-ci, en effet, s'est borné à exécuter un ordre reçu de ses supérieurs hiérarchiques et qu'il ne pouvait discuter.... Attendu qu'on ne saurait exiger des officiers même supérieurs de l'armée qu'ils soient des jurisconsultes, qu'ils sachent interpréter des textes de loi ambigus, sinon muets sur les obligations des officiers de l'armée territoriale et fassent découler ces obligations des principes généraux du droit français, alors qu'ils ont comme guide des instructions ministérielles qu'ils doivent suivre, qu'ils ont toujours

(1) Affaire Bigot (Bourges, 30 décembre 1870, S. 1871, 2, 107).

appliquées, et contre lesquelles jamais aucune protestation ne s'est élevée... », et dispose que « les actes reprochés aux assignés ont été accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions et ne constituent pas une faute personnelle les rendant passibles des tribunaux judiciaires » (1).

Mais le Tribunal d'Oran a jugé, par contre, que le refus d'obéir aux réquisitions légales de l'autorité civile, délit prévu par l'article 234 du Code pénal, n'était pas justifié par l'ordre donné à un commandant de la force publique par son chef hiérarchique : un capitaine de gendarmerie d'Oran avait été requis par le procureur général d'exécuter un jugement civil mettant un individu en possession d'un terrain faisant partie du camp de Misserghin ; mais, en même temps, cet officier recevait du général l'ordre de ne pas obéir à cette réquisition. Comme il avait définitivement obéi à son chef hiérarchique, il fut condamné à quinze jours d'emprisonnement par le Tribunal correctionnel. Sur pourvoi, le jugement fut annulé pour vice de forme et incompétence (2). Cette espèce soulevait la question de savoir si ce capitaine pouvait établir sa non culpabilité, comme ayant déféré à un ordre de l'autorité supérieure et pour un objet du ressort de cette autorité, aux termes de l'article 190 du Code pénal. Blanche (IV, p. 155) et M. Garçon (Code annoté, 234-22) estiment que cette disposition n'était pas applicable et que le Tribunal d'Oran avait bien

(1) Lille, 27 mai 1909, D. 1910, 2, 349.
(2) Cass. 17 juillet 1840, B, 203, affaire Dagard.

jugé. Cette décision semble donc rejeter la théorie de l'obéissance passive? Il n'en est rien. En effet, la discipline militaire se heurte ici à une nécessité plus impérieuse qu'elle, à savoir que les décisions régulièrement prises par l'autorité civile doivent être exécutées par les militaires lorsqu'ils en sont légalement requis. L'article 234 a pour but de sanctionner cette obligation absolue: « cedant arma togæ ». En face d'un texte précis de la loi pénale, en face d'un texte qu'il ne peut et ne doit ignorer, un commandant de la force publique légalement requis est inexcusable s'il refuse d'obéir à la réquisition.

C'est en application de ces principes que le Conseil de guerre de Nantes a condamné à un jour d'emprisonnement le lieutenant-colonel de Saint-Remy, qui avait refusé d'obtempérer aux réquisitions du préfet du Morbihan lors des troubles suscités par l'application de la loi de 1901 sur les congrégations religieuses (1). Toutes ces décisions de jurisprudence sont intervenues pour des cas où le subordonné avait reçu un ordre formel de son supérieur. Dans deux de ces cas, nous avons vu qu'une responsabilité avait été encourue; mais, conformément aux principes exposés plus haut, seulement par le capitaine Dagard et par le colonel de Saint-Remy, et non par les soldats ou gendarmes placés sous leurs ordres.

Mais nous savons qu'il existe des situations dans lesquelles le subordonné n'a reçu qu'un ordre d'une portée plus ou moins générale, une consigne, par

(1) 5 septembre 1902 : « La Loi », 4 et 6 sept.

exemple. La jurisprudence s'est prononcée sur cette hypothèse dans l'affaire suivante : un général, se conformant aux règlements militaires et aux instructions de ses chefs, dans le but d'assurer la police d'un champ de tir, détermine la zone réputée dangereuse et prend les mesures nécessaires pour en interdire l'accès aux jours et heures fixés pour les tirs de combat. En exécutant la consigne à eux donnée, d'interdire aux passants l'accès de la zone dangereuse, un sous-officier et un soldat se livrent à des voies de fait et à des brutalités sur la personne du sieur Gressler. Le Tribunal de Dijon se déclare incompétent, mais la Cour rend l'arrêt suivant : « En ce qui concerne le général, attendu qu'il est établi par les documents versés aux débats, qu'il avait reçu l'ordre de ses chefs de faire exécuter au polygone de Chenôve des tirs de combat... ; qu'il suffit de constater que le général a agi régulièrement dans la limite de ses fonctions et en vertu des ordres qu'il avait reçus, pour décider que l'autorité judiciaire est incompétente à apprécier le mérite d'une réclamation basée sur les conditions dans lesquelles les dits ordres ont été exécutés par lui ; en ce qui concerne le sergent B... et le soldat C..., attendu que la demande en dommages-intérêts dirigée contre eux par Gressler est motivée... sur ce que, à l'occasion et sous le prétexte du service à eux commandé, ils auraient commis à son égard des actes de brutalité ne rentrant pas dans l'exécution des ordres reçus ; attendu que l'ordre de service auquel ils étaient tenus de se conformer est ainsi conçu : « Tout le terrain situé dans la zone dangereuse doit être

évacué complètement»; attendu que sans qu'il soit besoin d'interpréter cet ordre, ce pourquoi l'autorité judiciaire n'avait pas qualité (1), il est dès maintenant constant qu'on ne saurait trouver dans ses termes l'injonction à ceux qui étaient chargés de l'exécution, d'user de leurs armes et d'employer comme moyens de contrainte les violences graves auxquelles B... et C... auraient eu recours...; que dès lors, en frappant Gressler, l'un à coups de crosse, l'autre à coups de baïonnette, ils auraient commis une faute personnelle engageant leur responsabilité individuelle dans les termes du droit commun et pour laquelle ils ne pourraient se prétendre couverts par l'ordre de service dont l'exécution leur était confiée; qu'en conséquence l'appréciation de la demande de Gressler rentre dans les attributions de l'autorité judiciaire... » (2).

Par contre, dans une affaire toute différente, la Cour de Cassation a jugé que des gendarmes étaient justifiés d'un homicide commis par eux au moment où ils procédaient à l'arrestation d'un individu qui s'était rendu coupable de tapage injurieux et qui les avaient outragés, alors qu'il était constaté que cet individu avait résisté à leurs injonctions; qu'il s'était porté envers eux à des violences graves et réitérées; qu'il avait renversé un des gendarmes, lui avait serré le cou avec vigueur et que l'autre n'avait fait feu qu'appelé au secours par son camarade

(1) Voir chapitre suivant.
(2) Dijon, 20 juillet 1894, S. 95, 2, 164.

terrassé et saisi à la gorge (1). Dans cette espèce, les gendarmes n'ont encouru aucune responsabilité, parce qu'ils avaient un motif légitime d'employer la violence. Ils puisaient ce motif légitime dans l'article 297 du décret du 1er mars 1854 et dans la provocation et les voies de fait dont ils venaient d'être l'objet.

La jurisprudence a donc marqué nettement la différence qui existe entre un ordre formel et un ordre général, ou moins impératif, au point de vue de la responsabilité. Dans le premier cas, le soldat sera presque toujours irresponsable, conformément à la théorie de l'obéissance passive limitée par l'absurde. Dans le second cas, le soldat ne sera irresponsable que s'il est couvert par l'ordre de la loi et par un motif légitime.

Il va sans dire que la responsabilité d'un subordonné n'est pas toujours aussi facile à dégager que dans les situations précitées. Bien d'autres cas, plus douteux, peuvent se présenter. Par exemple, une sentinelle gardant une poudrière en danger et ayant reçu l'ordre formel de faire feu après les sommations légales, tire sur un petit enfant qui poursuivait des papillons. La solution ne peut surgir que d'un choix résolu entre la théorie de l'obéissance passive et celle de l'examen préalable de la légalité de l'ordre. Bien entendu, la première théorie doit seule être admise, et la sentinelle déclarée irresponsable. Et il en serait de même si un officier ordonnait à un sapeur de déboiser une galerie de mine, ou à un conducteur de forcer

(1) Cass., 1er août 1878, affaire Patricot, S. 78, 1, 484.

de vitesse, au risque de causer un accident. Tous ces ordres doivent être exécutés en vertu de l'obéissance passive due aux supérieurs, qui en demeurent seuls responsables.

SECTION III

L'obéissance et l'état de guerre

Sous cette rubrique, nous nous proposons d'étudier rapidement deux groupes de cas concrets qui rentrent dans le cadre de cette étude et qui présentent un certain intérêt d'actualité. Ce sont : 1° les crimes et délits commis par les soldats ennemis sur l'ordre de leurs chefs; 2° les exécutions illégales ordonnées pour raffermir la discipline.

1° *Crimes et délits commis par l'ennemi en exécution d'ordres reçus*

Bien des actes commis en temps de guerre ne doivent pas être considérés comme des faits de guerre, mais comme des atteintes à la loi pénale. L'adage latin « inter arma silent leges », pas plus que l'adage allemand « Krieg ist Krieg », ne sauraient être pris en considération par un peuple civilisé. Les actes de pillage, les dévastations et crimes contre les personnes commis par les soldats ennemis sur le territoire occupé, sont des actes de brigandage que l'état de guerre ne peut justifier et qui appellent une répression. Mais

par qui et en vertu de quels textes cette répression peut-elle être exercée?

Les actes criminels de l'ennemi peuvent se diviser en atteintes au droit pénal privé, tels que les pillages, et en atteintes au droit pénal international, tels que la guerre sous-marine et l'invasion de la Belgique. En vertu des lois de procédure, nos tribunaux sont compétents pour juger les crimes de la première catégorie, commis sur notre territoire. Ceux de la seconde catégorie, et ceux commis par l'ennemi chez lui, ne peuvent être jugés que par des tribunaux internationaux et en vertu de clauses insérées dans le traité de paix.

D'autre part, la répression de ces actes doit se baser sur des textes : le principe qu'il n'y a pas de peine sans texte doit être respecté, même en temps de guerre. Une peine appliquée sans texte ne constituerait qu'un acte de représailles. Or, les représailles resteront toujours en dehors du droit. Ces textes ne manquent pas. Il y a d'abord l'article 22 du règlement de La Haye, qui énonce que les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi. Il y a ensuite tous les textes du Code pénal et du Code de justice militaire, prévoyant les faits incriminés. Il y a enfin l'article 47, § 2, du Code pénal militaire allemand, qui traite le subordonné de complice lorsqu'il a eu connaissance du caractère délictueux de l'acte qui lui est commandé. La répression des actes de brigandage commis par l'ennemi, et en particulier par les Allemands, est donc possible.

Mais il ne faut pas perdre de vue que les combat-

tants ignorent assez souvent les textes de La Haye et que, même s'ils les connaissaient, et s'ils étaient convaincus de l'illégalité d'un ordre, la faculté d'obéir ou de désobéir ne leur appartiendrait pas pour cela. Le soldat agit en temps de guerre sous une contrainte immédiate et continuelle; s'il n'obéit pas, il risque d'être mis à mort sur-le-champ. Il peut alors invoquer la contrainte irrésistible de l'article 64 du Code pénal.

De plus, le soldat allemand pouvait invoquer sa bonne foi avec une certaine vraisemblance. On sait que l'autorité militaire allemande, appuyée par les intellectuels, avait développé dans l'armée et dans toute la nation un véritable fanatisme patriotique. Le haut commandement faisait distribuer aux combattants des brochures contenant des propositions de ce genre : « Nous poursuivons une œuvre civilisatrice. Nous n'avons à nous excuser de rien. La victoire nous absoudra. Nous sommes à une heure historique, qui a pour nous une importance capitale. Il s'agit pour nous de parvenir à la maîtrise du monde; c'est pour nous une question si grave que devant un tel problème toutes les considérations d'ordre moral doivent s'incliner, etc... ». De telles brochures, lues par un soldat peu clairvoyant, n'étaient-elles pas capables de produire une bonne foi certaine en supprimant l'intention chez cet agent?

L'étendue d'application du droit pénal aux faits de guerre se trouve ainsi considérablement réduite, les soldats ennemis ne pouvant être punis qu'en l'absence de contrainte irrésistible ou de bonne foi.

Cependant, dès le début de la guerre de 1914, le

Conseil de guerre de Paris a condamné à des peines variant de la mort à quelques mois de prison, des prisonniers de guerre allemands convaincus de pillage dans nos régions envahies. Ces condamnés avaient allégué qu'ils avaient agi en conformité des ordres de leurs chefs, et cette allégation n'était nullement invraisemblable (1). Le commissaire rapporteur avait estimé, d'une part, que la preuve qu'un ordre avait été donné n'était pas suffisamment établie, et que, si l'excuse invoquée était admise, elle ne tarderait pas à se généraliser et empêcherait désormais la punition des soldats allemands criminels (2). Dans des conditions analogues, le soldat saxon Vogelsang fut condamné à mort par le Conseil de guerre de Rennes, pour assassinat de blessés (3).

Les condamnations de ce genre ont été très rares pendant la guerre, à cause des difficultés de preuve des faits incriminés. Comment prouver, en effet, que tel soldat a bien pris part à telle dévastation et qu'il a bien reçu l'ordre de l'accomplir? Quels témoignages recueillir lorsque tous les habitants se sont enfuis ou ont été passés par les armes? D'ailleurs, la répression n'atteignait, dans ces cas, que des coupables isolés et d'un rang trop inférieur pour que leur punition fut susceptible d'être exemplaire. Aussi, dès 1915 a-t-on discuté dans la doctrine et dans la presse, la possibi-

(1) Voir le *Temps*, 4 oct.; le *Figaro*, 3 oct. 1914.
(2) Voir la *Revue pénitentiaire*, séance du 19 mai 1915 (Société des Prisons).
(3) Voir le *Journal du Droit international privé*, 1915, p. 54.

lité de se faire livrer par l'Allemagne les chefs qui avaient donné les ordres criminels et de les faire mettre en accusation.

Ce mouvement aboutit à l'insertion dans le Traité de paix, des articles 227 et suivants, qui prévoient la mise en accusation de Guillaume II et de « toutes les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre ». Dans l'article 228, le Gouvernement allemand s'engageait à livrer aux puissances alliées ou à celles d'entre elles qui lui en adresseront la requête, « toutes personnes qui, étant accusées d'avoir commis un acte contraire aux lois et coutumes de la guerre, lui seraient désignées, soit nominativement, soit par le grade, la fonction ou l'emploi auquel ces personnes auraient été affectées par les autorités allemandes »; dans l'article 229, il s'engageait à laisser traduire ces coupables devant les juridictions militaires des puissances alliées et, dans l'article 230, à « fournir tous documents et renseignements de quelque nature que ce soit, dont la production serait jugée nécessaire pour la connaissance complète des faits incriminés, la recherche des coupables et l'appréciation exacte des responsabilités ».

Quelques inculpés ont été livrés en exécution de ces dispositions. C'est ainsi qu'en novembre 1919, ont été arrêtés en Allemagne, conduits à Lille et écroués, plusieurs d'entre eux, parmi lesquels se trouvaient les capitaines Busch et Klausa, accusés de pillage.

Mais ces livraisons de criminels de guerre n'ont pas été continuées. Leur chef suprême, le kaiser, est resté

impuni. D'autres se sont enfuis. L'expérience et l'écoulement des années ont prouvé que l'exécution des clauses sus-énoncées du Traité de paix était pratiquement impossible. Les Allemands ont fait semblant de remplir leurs obligations, et l'opinion publique, en France, a dû se contenter des jugements de Leipzig, qualifiés par les journaux de « comédies judiciaires ».

Il ressort de tout ceci que la guerre crée un régime de brutalité et d'illégalité permanente et incompatible avec toute règle de droit. Une fois la paix rétablie il est difficile, sinon impossible, d'assurer la répression des crimes commis tant par le vainqueur que par le vaincu. Cette répression est entravée soit par la difficulté de prouver les faits incriminés, soit parce que les auteurs de ces faits peuvent invoquer certains faits justificatifs ou certaines excuses. Quant aux coupables absolument inexcusables, notre pays ne possède d'autre moyen que la force pour contraindre l'Allemagne à les livrer. Or la force ne peut être mise en mouvement sans le consentement des puissances alliées.

Enfin, on ne peut s'apitoyer sur le sort des soldats allemands qui ont été condamnés malgré l'excuse invoquée par eux d'un ordre reçu de leurs chefs. Ces soldats avaient commis, en effet, des crimes constituant des atteintes au droit pénal privé, des assassinats, des viols, des pillages, qui ne sauraient trouver une justification ni dans l'état de guerre, ni dans un ordre hiérarchique. Ajoutons encore que ces soldats avaient été dans l'impossibilité de rapporter la preuve que cet ordre leur avait été donné et que cet ordre

les avait placés dans l'obligation irrésistible de piller ou d'assassiner.

2° *Exécutions illégales ordonnées par le commandement pour raffermir la discipline*

Au lendemain de la guerre, l'opinion publique a été fortement émue par le bruit fait dans la presse, à l'occasion d'exécutions ordonnées au cours des hostilités, pour raffermir la discipline. Nous nous proposons d'examiner si une responsabilité pénale peut être encourue par les chefs qui ont ordonné ces exécutions ou qui y ont prêté leur concours, par exemple comme commissaires du gouvernement ou commissaires rapporteurs.

Ces faits, peu connus dans leurs détails, avaient pour but de réprimer soit des abandons de poste, soit des refus d'obéissance. Essayons de les étudier théoriquement à la lumière des textes. L'article 121 du chapitre V du service en campagne, en usage en 1914 (1), énonce *in fine* : « Les officiers et les sous-officiers ont le devoir de s'employer avec énergie au maintien de l'ordre et de retenir à leur place, par tous les moyens en leur pouvoir, les militaires sous leurs ordres. Au besoin, ils forcent leur obéissance ». Ce texte est clair. Avec lui, l'abandon des tranchées, le recul dans les combats, est impossible si le chef fait son devoir. Le soldat meurt, mais ne recule pas. Malheureusement, à la suite des relâchements et des

(1) Règlement du 2 décembre 1913.

tolérances qui avaient été apportées, avant la guerre, dans la discipline militaire, il a paru dès le début des hostilités que les officiers et les sous-officiers ne pouvaient pas toujours trouver dans leur conscience la force morale suffisante pour forcer leurs hommes à accomplir leur devoir. Le général commandant en chef, la veille de la bataille de la Marne, rappelait ces prescriptions réglementaires aux officiers.

Le cas des fusillés de Vingré, de Flircy, et en général tous les cas de ce genre, prouvent que cet ordre n'a pas toujours été exécuté par les officiers pendant le combat. Or, les généraux auxquels les abandons de tranchée et les reculs avaient été signalés, ont cru de leur devoir de faire des exemples en déférant au Conseil de guerre un certain nombre de soldats des unités qui avaient failli. En agissant ainsi, le commandement commettait un acte illégal, car le droit de forcer l'obéissance n'existe que pendant le combat et cesse dès que le combat est terminé. Les représailles des généraux ne devaient donc frapper que les gradés qui n'avaient pas obligé leurs hommes à rester à leur poste. D'autre part, on peut se demander si l'article 212 du Code de justice militaire, qui punit de mort l'abandon de poste, était applicable à des hommes placés sur un front de combat indéterminé, variant presque chaque jour, coupables d'une défaillance passagère dans l'une des fluctuations de la lutte, et l'affirmative est discutable. On a assimilé à l'abandon de poste la mutilation volontaire. Outre que cette assimilation constitue une extension critiquable des textes, il aurait encore fallu, pour entraîner la peine

de mort, que cette mutilation fût dûment prouvée. Quant aux refus d'obéissance, il est certain qu'ils ne pouvaient entraîner le châtiment suprême que s'ils avaient été commis en présence de l'ennemi.

Il convient d'observer que les généraux, forts de leur érudition militaire, ont pu puiser dans l'histoire des précédents qui les ont amené à donner les ordres dont il est question. Mais le massacre des prisonniers de Syrie, ordonné par Bonaparte, l'exécution du duc d'Enghien, la décimation des voltigeurs après la bataille d'Austerlitz, ne peuvent être considérés comme des précédents : ces actes sont tous illégaux, et ils ont été justement flétris par l'histoire et par des écrivains tels que Chateaubriand.

Si l'état de guerre ne peut excuser les crimes de l'ennemi, il ne peut excuser davantage la violation des lois. Un décret du 6 septembre 1914, ratifié par une loi du 30 mars 1915, avait bien créé des Conseils de guerre spéciaux et une procédure sommaire réduisant les juges à trois et supprimant les délais entre la citation de l'accusé et la réunion du Conseil. Cette mesure, si contestable fût-elle, était cependant insuffisante pour ouvrir la porte à toutes les illégalités.

Mise en présence des faits, la Cour de Cassation a adopté des solutions diverses, mais toutes empreintes du plus grand souci de la légalité. Le 24 mars 1922, elle a rejeté la demande en revision introduite en faveur des caporaux Girard, Lechat, Lefoulon et Maupas, condamnés à mort pour refus d'obéissance par jugement du Conseil de guerre de la 60e division, en date du 16 mars 1915, « attendu que l'inexécution

d'un ordre constitue un refus d'obéissance lorsqu'elle est volontaire et que les susnommés ont reconnu avoir reçu l'ordre et ne l'avoir pas exécuté» (B. nº 125). Mais, le 29 janvier 1921, elle avait proclamé l'innocence des six fusillés de Vingré (1). Le 17 mars 1922, elle réforme le jugement du Conseil de guerre de la 12e division, condamnant à mort le soldat Loiseau pour avoir, à Vaux, le 25 septembre 1914, commis la faute de s'être mutilé en se tirant à bout portant un coup de fusil, et elle alloue 2.000 francs à sa veuve, estimant que la preuve de la mutilation était insuffisamment établie (B. nº 118). Le 13 juillet 1922, elle réforme le jugement d'un Conseil de guerre spécial condamnant à mort, pour désobéissance, le soldat Bersot, qui avait refusé d'accepter de son sergent un pantalon taché de boue et de sang, « attendu que dans les conditions ci-dessus, l'injonction adressée à Bersot par le lieutenant André ne peut pas être considérée comme ayant constitué un ordre de service donné pour l'accomplissement d'un devoir militaire en présence de l'ennemi, au sens de l'article 218 du Code de justice militaire», et elle accorde 5.000 francs à la veuve Bersot (B. nº 256).

Le mouvement d'opinion suscité par ces décisions et particulièrement par l'affaire de Vingré, ainsi que des considérations d'ordre moral, amenèrent M. le sénateur Soulié à déclarer les généraux de Villaret et Jullien coupables de forfaiture, le premier en passant outre à l'ordre d'informer du général Jullien,

(1) *J. O.*, 18 février 1921.

le second en souscrivant à la mesure prise par le général de Villaret, et à demander au Sénat une réparation éclatante aux familles des victimes (1). « Je vous demande, dit-il en terminant, de ne pas oublier que pour un Français une diminution du droit est une diminution de la patrie ».

M. Maginot, ministre de la Guerre, répondant au sénateur de la Loire, reconnut que les fusillés de Vingré avaient été privés des garanties auxquelles ils avaient droit et qu'ils avaient été jugés, condamnés et exécutés dans des conditions inadmissibles. « On réclame, déclara-t-il, des punitions pour les responsables. Mais il faut voir si la loi nous donne le droit de prendre des sanctions pénales ou disciplinaires ». Le ministre donna lecture au Sénat de la réponse de M. Le Poittevin, vice-président de la Cour d'appel de Paris, consulté au sujet des sanctions pénales : « 1° Dans une affaire très grave et très délicate, on a retiré l'ordre d'informer régulièrement pour recourir à la procédure sommaire du flagrant délit, et on a saisi un Conseil de guerre spécial composé de trois juges; 2° les droits de la défense n'ont pas été respectés. Il n'a été désigné qu'un seul défenseur pour vingt-quatre accusés, et un délai de deux heures lui a été accordé pour préparer la défense; 3° l'ordre d'exécution a été donné immédiatement, alors que l'article 150 du Code de Justice militaire permettait de surseoir, ce qui semblait s'imposer, à raison même des conditions dans lesquelles l'affaire avait été

(1) *J. O.*, séance du 23 juin 1922, p. 918, Sénat.

instruite et jugée... La responsabilité pèse principalement sur le général Jullien et le lieutenant Achalme, commissaire rapporteur... Le général Jullien est mort... Quant au commissaire rapporteur, il n'a fait qu'exécuter des ordres donnés en ce qui concerne la mise en jugement. Il ne lui appartenait pas de discuter ces ordres; tout ce qu'il aurait pu faire, c'était de représenter au général les dangers d'une procédure exceptionnelle et dépourvue de toute garantie. Un fait reste à sa charge : l'organisation insuffisante de la défense. Il n'y a là qu'une faute professionnelle, qui ne saurait constituer un crime ou un délit... ». Et M. Le Poittevin concluait que, dans l'état actuel de la législation, aucune sanction ne pouvait être prise contre les officiers incriminés. « Cette consultation, ajouta M. Maginot, a été communiquée au président de la Commission des pensions à la Chambre qui a conclu, lui aussi, qu'aucune poursuite spéciale ne pouvait être légalement engagée ».

Cette solution définitive, toute regrettable qu'elle puisse paraître, se concilie cependant avec les principes généraux de notre matière, au moins en ce qui concerne le commissaire rapporteur. En effet, ce dernier pouvait invoquer la contrainte née de l'obéissance passive du temps de guerre. Quant aux généraux, mais cela est plus douteux, il leur était permis d'invoquer la bonne foi, en ce sens qu'ils avaient cru que leur devoir leur ordonnait de sauvegarder la discipline par tous les moyens possibles; en ce sens qu'ils avaient cru que l'impérieuse nécessité de réfréner le manque de discipline des hommes, d'em-

pêcher la déroute et de faire face à l'ennemi, rendait les exécutions légitimes.

En tous cas, ce n'est que par cette idée d'un devoir impérieux, imposé par une nécessité urgente, qu'on peut tenter de rattacher ces actes à une théorie juridique satisfaisante et essayer de justifier l'impunité des chefs. Deux théories viennent de suite à l'esprit : celle de l'acte de gouvernement et celle de l'état de nécessité. Les actes de gouvernement sont ceux qui figurent dans une certaine énumération d'actes politiques, dressée par la jurisprudence sous l'autorité du Tribunal des Conflits, et parmi lesquels figurent les faits de guerre imposés par les nécessités de la lutte. On les a justifié par la nécessité pour le Gouvernement d'avoir pleine sécurité pour une certaine catégorie d'actes. Si le Gouvernement n'avait pas cette sécurité, il disputerait à la juridiction administrative tous les actes d'administration discrétionnaire; il se mettrait sur la défensive (1). Mais il semble difficile, sinon impossible, de considérer comme faits de guerre une poursuite judiciaire, un jugement, une irrégularité de procédure criminelle. La justice s'absorbe dans la loi; la justice est l'application la plus scrupuleuse de la loi. Une décision de justice ne peut jamais constituer un acte arbitraire du Gouvernement : la séparation de l'administration et de la juridiction est l'une des bases de notre droit public. L'appareil judiciaire déployé dans l'affaire de Vingré et dans celles du même genre, appareil qui semble, il faut bien le dire,

(1) Hauriou : *Précis*, 10e édition, p. 435.

n'avoir eu d'autre objet que celui d'atténuer et de masquer ce que les décisions prises pouvaient avoir de révoltant et de brutal, s'oppose donc d'une façon absolue à l'admission de la théorie de l'acte de gouvernement.

La théorie, purement pénale, de l'état de nécessité est-elle plus satisfaisante? Les colonels et les généraux avaient-ils réellement été placés, par leur devoir, dans la nécessité de mettre en accusation les soldats qui allaient être fusillés? Aux yeux des juges civils, il n'est pas douteux que cette nécessité aurait fait défaut. La Cour suprême l'a nettement affirmé dans les affaires de Vingré, du soldat Bersot, du soldat Loiseau. Nous avons dit que l'état de nécessité, permettant de mettre à mort un soldat, n'existe que pendant le combat et ne peut être apprécié que par le chef direct de ce soldat. Mais la justice militaire est une justice qui, en tout temps, et surtout en temps de guerre, est profondément altérée par des préoccupations de discipline, par les nécessités du moment, par les besoins militaires. C'est une justice qui, suivant les cas, est plus douce ou plus sévère que la justice civile. Cela est si vrai que les jugements militaires ne sont pas motivés. On sait que le jury d'assises a le droit de déclarer que tel prévenu, accusé de meurtre, n'est pas coupable d'avoir donné la mort. De même, les Conseils de guerre ont admis l'extension des peines de l'abandon de poste ou du refus d'obéissance devant l'ennemi, à des situations qui n'auraient pas paru suffisamment caractérisées à des juges civils. Et ces juges militaires étaient certainement de bonne foi en

ce sens que, comme les jurés d'assises, ils avaient l'intime conviction de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. La dispense de motiver les jugements, la possibilité de statuer d'après l'intime conviction, semblent donc permettre, dans une certaine mesure, aux Conseils de guerre de franchir la légalité.

Ne pas reconnaître la légitimité du motif des exécutions, ne pas admettre la théorie de l'acte de nécessité, aboutit inévitablement à l'obligation de déférer à la justice militaire, sous l'inculpation d'homicide volontaire, les chefs de tous grades mêlés à ces affaires. Or, cette justice qui a estimé une première fois que les exécutions étaient suffisamment justifiées par des considérations d'ordre militaire, jugerait à nouveau dans le même sens, et pour les mêmes raisons acquitterait ces chefs, estimant qu'ils avaient agi de bonne foi, dans l'accomplissement de ce qu'ils croyaient être leur devoir. En définitive, ces exécutions sont donc des actes inspirés par une nécessité militairement urgente, et suffisante pour assurer l'impunité des chefs qui les ont provoquées. Cette théorie est sans doute dangereuse; mais il ne faut cependant pas oublier que les soldats fusillés avaient tous commis des fautes, fautes le plus souvent légères en elles-mêmes, mais qui n'en étaient pas moins rendues très graves par l'état de guerre et par la nécessité d'empêcher l'invasion du territoire. Dans ces conditions, il semble que l'attention du pays a été peut-être trop longtemps attirée sur certains de ses enfants qui n'étaient pas plus dignes que ceux qui tombèrent glorieusement dans les combats. Et si les généraux

ayant commandé dans la dernière guerre, et leurs subalternes, avaient été rendus responsables des actes précités, il serait permis de se demander si la nation trouverait encore plus tard des chefs pour guider sa destinée.

En résumé, nous pouvons tirer de cet exposé les conclusions suivantes : 1° parmi les exécutions qui eurent lieu pendant la guerre, certaines constituent soit de véritables atteintes au droit, soit des fautes professionnelles ou morales graves. Les unes et les autres sont profondément regrettables; 2° l'irresponsabilité des généraux et des commissaires rapporteurs se justifie, soit par la contrainte irrésistible née de l'obéissance passive, soit par la bonne foi, soit par la théorie de l'état de nécessité; 3° la responsabilité de ces exécutions remonte surtout : 1° au Gouvernement, qui a jugé nécessaire d'instituer des Cours martiales en 1914; 2° aux officiers et aux sous-officiers des soldats fusillés, qui ne surent pas maintenir leurs hommes à leur poste sur le champ de bataille, ou qui ne surent pas les forcer à obéir.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES

SECTION I

Exposé théorique et recherche des principes directeurs

La discipline est sans doute aussi nécessaire dans les administrations publiques et dans les services publics que dans l'armée. Elle ne peut toutefois s'y manifester par des effets aussi directs et aussi stricts. Le soldat qui désobéit est puni sur-le-champ. Le fonctionnaire désobéissant ne peut être, le plus souvent, que traduit devant un conseil de discipline. Il n'est révoqué que pour des motifs graves et après avoir reçu communication de son dossier (1). Enfin, il a la suprême ressource de demander au Conseil d'Etat l'annulation de la mesure dont il est l'objet et de former ensuite une demande de réparation ou d'indemnité.

Le fonctionnaire coupable d'une infraction commise par ordre, invoquera donc difficilement la contrainte irrésistible ou même la simple contrainte partielle née du devoir d'obéissance. Cependant, sa

(1) Loi du 22 avril 1905, art. 65.

situation est presque toujours digne d'intérêt. Son obéissance peut avoir été dictée par la crainte de subir, pendant de longues années encore, l'inimitié du chef qu'il a mécontenté; par la crainte de voir son avancement supprimé; d'être révoqué et de perdre alors sa retraite et les retenues opérées sur son traitement; par la crainte des reproches de la femme et des enfants, désormais dans la gêne s'ils n'ont pas de fortune personnelle. Un pareil cortège de maux n'est-il pas susceptible d'émouvoir l'âme du fonctionnaire, de le porter à croire qu'il a le devoir moral d'obéir, ne fût-ce que dans l'intérêt de sa famille? Sa volonté n'ayant pas été complètement libre, doit-il être rendu responsable?

Faut-il décider, avec M. Duguit, que le fonctionnaire ne doit obéir qu'à la loi (1), et que, devant désobéir à l'ordre illégal, sa responsabilité ne peut être influencée par l'ordre? Faut-il adopter la thèse administrative d'après laquelle on ne peut jamais reprocher au fonctionnaire d'avoir exécuté un ordre, thèse soutenue régulièrement par le ministre devant le Tribunal des Conflits et exposée par M. le Commissaire du Gouvernement Marguerie, le 25 mars 1889, devant cette juridiction?

Pour résoudre le problème, il faut se mettre en face des réalités. Prenons par exemple une affaire de faux en écritures publiques. Le juge d'instruction ne se bornera pas à interroger le chef qui aura donné l'ordre de commettre les faux. Il interrogera aussi le subor-

(1) *L'Etat, les Gouvernants et les Agents*, p. 621.

donné qui aura prêté son concours. Il lui dira : « Vous ne pouviez ignorer la loi pénale, vous aviez quinze ans de services; vous saviez que rien ne pouvait excuser votre acte ». Et il le retiendra justement comme complice. La thèse de l'obéissance passive ne peut donc être adoptée jusqu'en ses dernières limites.

Pour résoudre le problème, il faut aussi distinguer les pays ayant une administration centralisée, des pays décentralisés et individualistes. Et il ne faut pas croire qu'un pays se classe dans l'une ou l'autre de ces catégories par une volonté arbitraire de ses gouvernants. Il y est contraint par les nécessités profondes de son tempérament ou des circonstances. La France, après l'anarchie révolutionnaire, n'avait-elle pas besoin, jusqu'à sa guérison, d'ordre, de discipline, de centralisation intense? Dans un pays centralisé, on cherche avant tout à obtenir l'obéissance des agents. Aussi, la hiérarchie y constitue-t-elle un ensemble fortement organisé dans lequel s'absorbe la personnalité du fonctionnaire. Dans un pays centralisé, le fonctionnaire ne doit obéir qu'à celui qui vient s'interposer entre la loi et lui, c'est-à-dire à son chef.

Le système individualiste laisse à chacun sa liberté. L'agent, comme tout autre citoyen, répond du dommage causé par ses actions. Il ne peut donc jamais être couvert par un ordre illégal.

Le premier système est celui de l'Allemagne. Les fonctionnaires, depuis les plus humbles jusqu'aux plus élevés, y sont répartis sur une échelle hiérarchique dont chaque échelon doit considérer, comme

la loi de sa fonction, l'ordre émanant de l'échelon immédiatement supérieur : « Im Gehorsam lassen sich alle amtspflichten des Beamten zuzammen fassen » (1). L'ordre est donc obligatoire; mais conserve-t-il ce caractère obligatoire lorsqu'il est illégal? Les auteurs allemands l'admettent. Bien mieux, ils concilient l'existence d'ordres illégaux obligatoires avec le serment imposé aux fonctionnaires de conformer leur activité à la constitution et aux lois. Ils y arrivent par la Remonstrationsthéorie. Celle-ci consiste en ce que le subordonné qui reçoit un ordre illégal peut en souligner l'illégalité à son supérieur. Mais si ce dernier réitère l'ordre, le subordonné doit obéir et demeure irresponsable. Disons cependant tout de suite que, même en Allemagne, cette irresponsabilité ne peut être étendue à l'exécution d'un ordre constituant une violation formelle de la loi pénale.

Le système individualiste et décentralisé est celui de l'Angleterre et des Etats-Unis, système encore renforcé aux Etats-Unis, puisque le fonctionnaire américain doit non seulement se conformer à la loi, mais vérifier encore si cette loi est constitutionnelle (2). Cette solution peut paraître injuste. Elle aboutit pratiquement à ce que, lorsqu'un fonctionnaire est poursuivi, c'est l'Etat qui paie la condamnation. En cas de responsabilité pénale, le Gouvernement le pro-

---

(1) Schulze : *Deutsches Staatrecht.*

(2) Voir J. Barthelemy : L'ordre hiérarchique et la responsabilité des agents. — *Revue du Droit public*, 1914.

tège par un pardon, une grâce. Le droit anglais ne reconnaît pas la responsabilité de l'Etat, et les Anglais sont obligés de chercher le résultat qu'elle produit par des moyens détournés. L'ordre du roi ne peut être invoqué comme excuse et la Couronne ne peut arrêter les poursuites en ratifiant l'acte dommageable. Par conséquent, l'ordre hiérarchique n'est pas une excuse pour le subordonné qui a, dans l'exercice de ses fonctions, porté atteinte aux droits légaux du plus humble des citoyens (1). Il appartient donc au fonctionnaire anglais d'interpréter directement la loi. L'ordre n'est jamais une interprétation officielle de la loi, et les seuls fonctionnaires pouvant donner de la loi cette interprétation officielle sont les juges.

Quant au fonctionnaire français, il est placé dans une situation intermédiaire que le présent chapitre a pour but de préciser.

Et il ne faut pas croire non plus que notre question soit intimement liée à celle du fondement philosophique de l'autorité, sur laquelle nous nous sommes expliqués dans le titre I de cette étude.

Puisqu'il consent à la servir et à en recevoir un traitement, le moins est donc que le fonctionnaire obéisse à la Constitution et aux lois de la République. De plus, à un point de vue plus juridique, la désobéissance aux lois ne peut être envisagée par le fonctionnaire, car ce dernier est un citoyen placé dans une situation légale et réglementaire en vertu de sa

---

(3) Dicey : *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, édition française, p. 619.

nomination, un citoyen qui contribue à la bonne marche des services publics et, par conséquent, à la vie même de la nation. Nous cherchons seulement quel est l'organe qui, pour lui, doit avoir la suprématie dans le pouvoir politique. Est-ce l'organe législatif par ses ordres généraux, ou l'organe administratif par l'ordre de service qu'il adresse à l'un de ses agents?

On sait qu'en France l'organe administratif est constitué par les ministères. Or, chacun de ces ministères, et tous les services qui en dépendent et qui se prolongent dans le pays tout entier, ont des traditions et un état d'esprit inspirés surtout par les intérêts de la carrière, traditions et état d'esprit qui, selon qu'il s'agira d'un service de tel ou tel ministère, seront plus ou moins favorables aux idées nouvelles d'association, de syndicalisme, de participation des agents à la direction, etc. De telles idées seront peut-être favorablement accueillies aux ministères du Commerce, du Travail, de l'Instruction publique, des Travaux publics, de l'Agriculture. Mais leur accès aux ministères de la Justice, de la Guerre, de l'Intérieur restera sans doute impossible. Ces manières de voir, ces traditions que le fonctionnaire doit respecter dès sa nomination, cet esprit de carrière qui comporte de l'honneur et de la noblesse, mais aussi quelquefois des préjugés et des errements, pourront peut-être amener un jour certains supérieurs à donner des ordres illégaux, inspirés par leur intérêt personnel et contraires à l'intérêt général. Et ces ordres auront d'autant plus d'autorité qu'ils seront donnés sans aucun contrepoids, dans une administration où les principes sont

ceux de l'ordre et de la discipline. Prenons un exemple : un ordonnateur prescrit l'établissement de mandats de paiement pour des objets qui ne sont pas prévus dans les crédits; il fait payer des fonctionnaires qui n'ont pas droit à rétribution, ou sans les assujettir aux règles du cumul. Que doit faire le subordonné? S'il en appelle à l'autorité supérieure, préfet ou ministre, il risque de ne pas trouver chez ces hauts fonctionnaires toute l'attention ou toute la bienveillance voulue. Le subordonné qui est appelé à commettre une infraction, ou même une simple irrégularité, ne peut s'en référer qu'à une seule autorité, à un seul guide : sa conscience. Et il doit y trouver une force suffisante pour désobéir. Mais si la voix de la conscience est étouffée par la crainte des représailles, si l'agent hésite devant l'accomplissement de son devoir, il faut alors que la loi pénale vienne à son secours, et que, par la crainte des pénalités qu'elle édicte et du déshonneur qu'elle répand autour d'elle, soit contrebalancée la menace créée par l'ordre du supérieur hiérarchique. En conséquence, nous ne perdrons point de vue les deux principes directeurs suivants :

1° *Entre l'organe législatif et l'organe administratif, c'est le premier qui doit avoir la suprématie.*

La théorie qui fait passer l'ordre de la loi avant l'ordre du supérieur hiérarchique, est une théorie gouvernementale. Elle est loin d'être une théorie anarchique, puisque l'anarchie nie tout gouvernement. Elle n'est que l'application et la conséquence de l'idée de la supériorité de la loi exposée plus haut. Le fonctionnaire ne doit pas obéir aveuglément à ses chefs. Avant tout, le fonctionnaire doit servir son

pays, et le meilleur moyen de servir est d'obéir aux lois de ce pays et aux instructions de son gouvernement. La hiérarchie, dont l'utilité est incontestable et incontestée, ne doit s'interposer entre le fonctionnaire et le ministre que pour l'exécution des lois et leur bonne interprétation. Si l'un des membres de l'échelle hiérarchique donne un ordre illégal, le fonctionnaire placé sous ses ordres doit lever les yeux vers la loi. Là, il trouvera la lumière et la vérité. La théorie de la supériorité de la loi est une théorie saine et loyale. Elle s'adresse à la conscience du subordonné, elle lui fait comprendre qu'il est un des indispensables rouages de la machine administrative, et surtout qu'il est un rouage intelligent, capable d'une volonté libre. Elle lui fait comprendre qu'il n'est pas au service d'un homme, mais à celui du pays tout entier (1).

2° *Le fonctionnaire doit désobéir chaque fois qu'en obéissant il se trouverait commettre une atteinte à la loi pénale.*

De toutes les atteintes au droit, c'est l'infraction,

---

(1) A ces divers points de vue, on lira avec intérêt la controverse entre MM. Hauriou (*Principes de Droit public*, 2e édition, appendice, p. 798) et Duguit (*Traité de Droit constitutionnel*, tome II, p. 81 et suiv.). Cet éminent théoricien résume sa doctrine de la façon suivante : « Je persiste à penser que l'acte illégal d'un gouvernant ou de ses agents est sans valeur et entraîne leur responsabilité, que les gouvernés ne seront protégés efficacement contre l'arbitraire des gouvernants, contre les lois injustes et tyranniques, contre les actes administratifs dictatoriaux, que si le législateur est bien pénétré de cette idée que les lois ne s'imposent à l'obéissance des citoyens que si elles sont conformes au droit supérieur qui s'impose à lui, législateur, et que si les administrateurs savent que toute illégalité commise par eux entraîne leur responsabilité personnelle », p. 83.

c'est-à-dire l'atteinte à la loi pénale qui se reconnaît le plus facilement; c'est elle qu'il est le plus facile d'éviter et qu'il importe le plus à l'ordre public de réprimer. Le devoir d'obéissance doit donc prendre fin lorsqu'il se heurte à cette loi particulièrement impérieuse. Cette solution est admise par toutes les nations. « Il n'est pas de pays où le sentiment de la « hiérarchie soit plus accentué que dans le royaume « de Prusse. De ce droit public caporalisé il n'est pas « de théoricien plus admiratif que Bornhak : l'esprit « de son traité de droit public prussien est suffisam- « ment caractérisé par son épigraphe : « Les rois de « Prusse tiennent leur couronne de Dieu ». Et cepen- « dant, ce théoricien ultra-royaliste enseigne qu'en « cas d'ordre contraire à la loi pénale, le devoir d'o- « béissance fait place à un devoir de désobéissance, « qu'il explique par le motif théorique du caractère « impérieux de cette loi. » (J. Barthelemy.)

Ce principe est également admis par l'Angleterre : « Les relations de principal et d'agent sont inconnues « dans le droit criminel. Si le principal donne à l'agent « l'ordre de faire un acte criminel, ils sont tous les « deux responsables comme auteurs principaux. » (Chaster : *The law relating to public officers* ; 2e éd., p. 3 et 4, et par le Brésil, dont la constitution fédérale du 24 février 1891 déclare, dans son article 74, § 1 : « Nul « ne peut être astreint à faire ou à ne pas faire une « chose, sinon en vertu de la loi. » Le Code pénal brésilien développe ce principe et en fait application aux rapports hiérarchiques : article 212 : « L'exécution « d'un ordre ou d'une réquisition exigée par l'auto-

« rité publique ne peut être retardée par l'exécuteur « que dans les cas suivants : *a*) lorsqu'il y a de sages « motifs qui lui permettent de douter de son authen- « ticité; *b*) lorsqu'il semble évident que la réquisition « a été obtenue subrepticement ou contrairement à « la loi; *c*) lorsqu'on peut prudemment craindre de « grands dommages, que le supérieur ou le manda- « taire n'aurait pu prévoir »; article 229 : « Celui qui « exécute un ordre ou une réquisition illégale est « regardé comme agissant par l'effet d'un ordre ou « d'une réquisition qui n'existe pas, et puni pour « l'excès de pouvoir ou de juridiction qu'il accomplit. « Les ordres et les réquisitions illégales sont ceux qui « émanent d'une autorité incompétente, ceux qui ne « sont pas entourés des formalités extérieures néces- « saires à leur validité ou ceux qui sont clairement « contraires aux lois. » Comme on le voit, la jeune République du Brésil a le plus grand souci de la légalité, et les solutions contenues dans son Code pénal, si claires et si abondantes, peuvent servir de principes généraux, de guide et de modèle.

Ces théories ne sont consacrées, en France, par aucun texte. Elles ne résultent qu'implicitement de l'article 327 du Code pénal. Nous savons que ce texte, qui vise les crimes de sang, doit être étendu aux autres infractions et que, grâce à cette extension, il prend la portée générale que les rédacteurs du Code auraient dû lui donner. D'autre part, la loi de finance se termine toujours par un article menaçant des peines de la concussion « tous agents publics qui prêteraient « leur concours à la perception de contributions

« directes et indirectes autres que celles qui sont « autorisées par les lois en vigueur et par la présente « loi ». Il y a donc ici une obligation expresse de désobéir à l'ordre supérieur hiérarchique, et il est certain que cet ordre serait impuissant à dégager l'agent de sa responsabilité.

SECTION II

Exceptions aux deux principes directeurs qui viennent d'être dégagés

Le principe de la supériorité de la loi a subi durant la guerre de 1914-1918 d'assez rudes atteintes. Lorsque le salut du pays était en jeu, le Gouvernement, avec l'approbation de l'opinion publique, a dû s'enquérir de moyens d'action destinés à faire face aux nécessités urgentes. D'abord il s'est servi de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège. Cette loi permet d'interdire les réunions : le Conseil d'Etat décida que les cafés étaient lieux de réunion, d'où justification des arrêtés illégaux ordonnant la fermeture des débits de boissons. Cette loi permet d'éloigner les gens non domiciliés et repris de justice. De là surgit toute la réglementation du droit d'aller et venir. Cette loi permet d'interdire les publications susceptibles de créer du désordre, d'où naissance de la censure. Ensuite le Gouvernement a généralisé l'idée contenue

dans les lois du 3 avril 1878 (1) et 14 décembre 1879 (2) et a admis, par analogie, qu'il pouvait prendre provisoirement les mesures nécessaires, sous réserve de les faire ratifier le plus tôt possible par un vote du Parlement. C'est ainsi que la loi du 30 mars 1915 a approuvé trente-quatre décrets illégaux (3).

Nous n'avons pas la prétention de passer en revue le droit public français du temps de guerre. Nous citons ces quelques exemples pour indiquer que le principe de la supériorité de la loi ne doit pas être toujours observé d'une façon rigide et qu'il doit fléchir quand il le faut. Il va sans dire que dans les cas précités, le devoir des divers subordonnés était d'obéir à leurs supérieurs et de faire appliquer les décisions entachées d'illégalité. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait tous les fonctionnaires, fonctionnaires de fait le plus souvent, qui étaient chargés de faire appliquer cette réglementation.

Signalons aussi que la possibilité d'un recours à l'illégalité dans les situations urgentes et quand la vie du pays est en jeu, avait été déjà signalé en 1910 par M. Briand, lors de la grève des chemins de fer, grève qu'il avait brisée en mobilisant les agents (4).

---

(1) Loi autorisant le Président de la République à déclarer l'état de siège en cas d'ajournement des Chambres, sauf à celles-ci à se réunir deux jours après et à statuer sur son maintien.

(2) Loi autorisant le Gouvernement à s'ouvrir lui-même certains crédits dans l'intervalle des sessions des Chambres, sauf à leur en référer dans les quinze jours qui suivent leur réunion.

(3) G. Renard : *Notions très sommaires de Droit public français*, p. 154.

(4) G. Renard : *Op. cit.*, p. 148.

De plus, nous verrons bientôt que, en dehors de tout état de guerre, le principe de la supériorité de la loi est parfois battu en brèche par la jurisprudence du Tribunal des Conflits, faisant application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Nous dirons ce qu'il faut penser de cette jurisprudence et comment elle peut se justifier.

Le second principe directeur, à savoir que le devoir d'obéissance trouve objectivement sa limite dans la loi pénale, souffre également, et d'une façon permanente, quelques exceptions. Ces exceptions peuvent être divisées en trois catégories :

1° Exceptions résultant des principes généraux de notre matière;

2° Exceptions apportées par des textes spéciaux du Code pénal;

3° Exceptions tirées du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces catégories.

§ 1er. — *Exceptions résultant des principes généraux de notre matière.*

Nous savons que l'ordre de la loi, la contrainte irrésistible et la bonne foi justifient toutes les infractions commises par ordre.

C'est ainsi que l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime justifieront les exécutions à mort commises par le bourreau, les actes accomplis

par un huissier, les arrestations, perquisitions ou saisies ordonnées ou opérées par le juge d'instruction.

Quant à la contrainte irrésistible, susceptible de produire l'état de nécessité, elle sera d'une application bien plus rare chez les fonctionnaires que chez les militaires. Il est en effet bien difficile de trouver l'exemple d'une situation dans laquelle un fonctionnaire serait menacé de perdre la vie s'il n'exécutait pas un ordre. Mais l'ordre peut inspirer au subordonné la crainte de voir sa fortune exposée à un mal considérable et présent. Cette contrainte qui n'est pas irrésistible sera cependant suffisante pour permettre l'application des circonstances atténuantes.

Enfin l'ordre pourra souvent être exécuté de bonne foi. Pour éviter toute responsabilité, il suffira que l'inférieur réussisse à faire la preuve de sa bonne foi, c'est-à-dire qu'il soit possible et admissible qu'il ait cru que l'ordre n'était pas manifestement illégal.

Le Code pénal des Pays-Bas de 1881 contient, à cet égard, des dispositions intéressantes : article 43 : « N'est pas punissable celui qui commet un fait en « exécution d'un ordre officiel donné par une autorité « compétente. Un ordre officiel donné par une auto- « rité incompétente ne supprime pas la criminalité « à moins que le subordonné n'ait, de bonne foi, consi- « déré cet ordre comme étant donné par une autorité « compétente et que l'accomplissement de cet ordre « ne rentrât dans ses devoirs de subordination ». Si nous rapprochons ce texte d'autres textes étrangers nous obtiendrons des solutions absolument concordantes. L'article 260 du Code pénal belge de 1867

énonce : « Lorsqu'un fonctionnaire public ou dépo-
« sitaire de la force publique aura ordonné ou fait
« quelqu'acte contraire à une loi ou à un arrêté royal,
« s'il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs,
« pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels
« il leur était dû une obéissance hiérarchique, il sera
« exempt de la peine qui ne sera, dans ce cas, appli-
« quée qu'aux supérieurs qui auront donné l'ordre. »
C'est la généralisation de notre article 114 étudié plus loin. L'article 49 du Code pénal italien de 1889 dispose également : « N'est pas punissable celui qui
« a commis le fait : 1° en vertu d'une disposition de
« la loi ou d'un ordre qu'il était obligé d'exécuter de
« l'autorité compétente... ». Et n'oublions pas l'article 229 du Code brésilien précité, qui déclare que l'ordre cessera de couvrir l'agent s'il est clairement entaché d'illégalité.

La bonne foi pourra donc raisonnablement exister quand l'ordre n'aura pas été d'une illégalité manifeste et quand le chef n'aura pas dépassé ses attributions. Cette illégalité doit être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire en la personne du fonctionnaire ou de tout autre fonctionnaire similaire. En effet tel ordre qui ne paraîtrait pas illégal à un simple particulier peut apparaître comme clairement illégal aux yeux du fonctionnaire qui doit connaître les lois, décrets et circulaires concernant son service. Et la réciproque est vraie, car tel acte qui constituerait un délit s'il était commis par un particulier ne sera qu'un fait de service s'il est accompli par le fonctionnaire compétent.

Mais la bonne foi n'existerait plus et serait remplacée par l'intention coupable, si l'acte exécuté était manifestement illégal. Pour apprécier judicieusement le défaut d'intention criminelle, conséquence directe de la bonne foi, il faudra que le juge tienne compte à la fois du degré d'illégalité de l'ordre, de la nature de l'infraction, de la situation sociale, de l'instruction professionnelle, de l'ancienneté du subordonné, et enfin de toute autre circonstance. Il n'est pas douteux que cet examen de l'intention sera beaucoup plus sévère pour le fonctionnaire que pour le militaire, le lien hiérarchique étant plus élastique chez le premier que chez le second.

De nombreuses décisions de jurisprudence ont admis la bonne foi en matière de responsabilité encourue par ordre. Il a été jugé que le fait par un percepteur d'avoir fourni à un supérieur hiérarchique des renseignements confidentiels et défavorables sur un commis candidat à un concours, ne peut donner lieu à une action en responsabilité devant l'autorité judiciaire : « attendu que les renseignements ainsi transmis de bonne foi par un fonctionnaire ne relèvent que de sa conscience et de l'autorité de ses chefs... ; attendu que la bonne foi de B... ne saurait être contestée, etc. » (Agen, 24 mars 1903, S. 1904, 2, 167). Ainsi jugé également dans l'affaire Dervillé : « Attendu qu'il est exposé dans l'exploit introductif d'instance que la demande de Dervillé à l'effet d'obtenir son inscription sur la liste électorale de la commune de Gargenville fut rejetée par la commission de revision, mais que peu de jours après il fut défini-

vement inscrit; que dans l'intervalle, le maire de Gargenville obéissant à des préoccupations dont on saisissait mal le caractère purement administratif, avait fait afficher la décision à la porte de la mairie; que cet affichage inusité qui paraissait faire peser sur Dervillé des charges mystérieuses et graves, constituait de la part du maire une faute lourde engageant sa responsabilité... Attendu que la Cour d'appel, après avoir constaté que la mauvaise foi n'était même pas alléguée par le demandeur, a estimé avec raison qu'il paraissait impossible de diviser l'acte du maire et d'y relever une faute de droit commun... rejette », etc. (Cass., 10 mars 1903, S. 1903, 1, 455).

En ce sens, on peut citer aussi :

Orléans, 5 août 1892 (S. 1892, 2, 312);

Bordeaux, 13 février 1867 (S. 67, 2, 184);

Bourges, 10 février 1789 (S. 80, 2, 171).

§ 2. — *Exceptions apportées par des textes spéciaux du Code pénal*

Ces textes sont les articles 114, 120, 184, 190 et 186 du Code pénal.

L'article 114 du Code pénal énonce : « Lorsqu'un « fonctionnaire public, un agent ou un préposé du « Gouvernement, aura ordonné ou fait quelque acte « arbitraire ou attentatoire soit à la liberté indivi- « duelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs « citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à « la peine de la dégradation civique.

« Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de

« ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, « sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérar- « chique, il sera exempt de la peine, laquelle sera « dans ce cas appliquée seulement aux supérieurs « qui auront donné l'ordre. »

Ce texte, qui fut l'objet d'une discussion sérieuse au Conseil d'Etat (1), prévoit trois sortes d'abus de pouvoir : 1° les actes attentatoires à la liberté individuelle; 2° les actes attentatoires aux droits civiques des citoyens; 3° les actes attentatoires à la Constitution.

Les actes attentatoires aux libertés civiques des citoyens sont ceux par lesquels il est porté atteinte à leurs droits politiques, à leurs droits de vote et d'éligibilité, droits protégés aussi par les articles 109, 110 et 113. Quant aux actes attentatoires à la Constitution, la plupart des auteurs admettent qu'ils sont plutôt sanctionnés par l'article 87 que par l'article 114 (Garraud, III, 933, et Blanche, II, 608). Mais d'après M. Garçon, l'article 114 protégerait surtout ce qu'on appelle en droit constitutionnel, nos libertés individuelles. Il prévoit et punit les abus de pouvoir des agents de l'autorité qui violent ces libertés. Il renferme ainsi dans le champ de ses pénalités, non seulement les actes attentatoires à la liberté d'aller et venir, mais encore les actes contraires à la liberté de la presse, de réunion, de conscience (2). Un argument décisif est fourni en ce sens par l'article 115 du Code

(1) Blanche : n° 590, 2e édition.
(2) Voir Esmein : *Eléments de Droit constitutionnel*, 2e éd., p. 344.

pénal, qui renvoie à l'article 67 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII. Or dans ce dernier texte il est question des actes attentatoires à la liberté de la presse.

Mais ce qui nous intéresse surtout dans l'article 114, c'est la disposition de son deuxième alinéa. De cette disposition résultent les conséquences suivantes : celui qui a donné l'ordre d'accomplir l'acte incriminé commet le crime prévu par l'article 114 comme auteur principal. Il ne doit pas être considéré comme complice par provocation avec abus d'autorité ou de pouvoir. Même si l'ordre n'est pas exécuté, le crime du donneur d'ordre subsiste. Quant au subordonné qui a exécuté cet ordre, il bénéficie d'une excuse absolutoire, si toutefois les trois conditions suivantes sont réunies :

1° Il faut que l'ordre ait été donné avant l'accomplissement de l'acte coupable. Cet ordre doit-il être accompagné des formalités légales? L'arrestation d'un citoyen sur le simple ordre verbal d'un magistrat et hors le cas de flagrant délit engagerait-elle la responsabilité de celui qui l'aurait opérée? La loi ne dit pas que l'ordre doit être écrit et M. Garçon estime que le bénéfice de l'excuse ne peut être refusé à un gendarme ou à un agent de police qui aurait opéré une arrestation sur l'ordre verbal de son supérieur hiérarchique;

2° Il faut que l'ordre émane d'un supérieur hiérarchique. Un maire ou un commissaire de police ne pourraient donc invoquer le commandement qui leur aurait été adressé par un chef militaire;

3° Il faut enfin que l'ordre soit relatif à un objet qui est du ressort du supérieur, ce qui prouve que le devoir d'obéissance cesse non seulement quand l'ordre est nettement illégal mais encore quand le supérieur est sorti de ses attributions.

Ajoutons encore que sur la proposition de M. Le Poittevin, la Société des Prisons a émis l'avis que l'exemption de peine prévue par l'article 114 ne devrait subsister que dans les cas où l'ordre ne serait pas manifestement illégal (1).

L'article 120 du Code pénal punit les gardiens de maisons d'arrêt qui auront reçu un prisonnier sans mandat ou jugement ou sans l'ordre provisoire du Gouvernement. L'arrestation administrative n'existe plus guère aujourd'hui (2), mais la lettre du texte peut être invoquée en faveur de la suppression de la responsabilité pénale par l'ordre hiérarchique.

L'article 184 énonce: « Tout fonctionnaire de « l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de « justice ou de police, tout commandant ou agent de « la force publique qui, agissant en sa dite qualité, « se sera introduit dans le domicile d'un citoyen « contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la « loi, et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera « puni d'un emprisonnement de six jours à un an, et « d'une amende de 16 francs à 500 francs, *sans préju-* « *dice de l'application du second paragraphe de l'ar-* « *ticle* 114 ».

---

(1) *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 1176, et 1906, p. 396.

(2) Sauf à Paris et dans les grandes villes, pour les filles publiques.

Ce texte prévoit donc un fait justificatif et une excuse légale. Le fait justificatif existe toutes les fois que le fonctionnaire s'introduit dans une demeure par ordre de la loi et avec les formes qu'elle a prescrites. Il est évident, en effet, que l'autorité doit toujours pouvoir pénétrer dans une maison lorsque l'intérêt public ou une impérieuse nécessité l'exige. L'excuse légale existe toutes les fois que les conditions requises par l'article 114, § 2, auquel renvoie l'article 184, sont réunies.

De nombreux motifs légitiment ainsi l'introduction d'un fonctionnaire dans un domicile :

1° L'ordre de la loi contenu dans des textes exprès permet aux agents de pénétrer dans les habitations même la nuit, en cas d'inondation, incendie, réclamation venant de l'intérieur (1). Ces textes faisant application du principe que l'ordre de la loi, la contrainte irrésistible ou le motif légitime justifient toutes les infractions, doivent être étendus sans hésitation à d'autres cas : agent de police forçant une clôture pour empêcher un suicide ou abriter des personnes en cas de péril imminent et grave;

2° L'exécution des jugements et arrêts civils justifie l'introduction des huissiers dans une habitation. L'article 587 du Code de procédure civile décide que si les portes sont fermées ou que si l'ouverture en est refusée, l'huissier peut établir gardien et demander le concours du juge de paix, ou à défaut du commis-

(1) Décret du 20 mai 1903, art. 169, précité, et Code d'instr. crim., art. 46.

saire de police, du maire ou de l'adjoint. Ce n'est qu'en présence de l'un de ces magistrats qu'il pourra procéder à l'ouverture des portes et aux diverses opérations de son ministère. Si ces formalités n'étaient pas respectées, la saisie serait nulle et de plus, l'huissier aurait commis le délit prévu et réprimé par l'article 184.

L'article 68 du Code de procédure décide que tout exploit doit être signifié à personne ou à domicile. Si l'huissier force l'entrée d'une maison pour arriver à la partie, il commet le délit. Mais si on l'a laissé entrer volontairement, il ne commet aucun délit en refusant de sortir, au moins pendant le temps nécessaire à l'établissement de son procès-verbal;

3° Les agents chargés de l'exécution d'un mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt, d'une ordonnance de prise de corps ou arrêt de condamnation comportant peine privative de liberté peuvent pénétrer dans le domicile de celui qu'ils doivent arrêter pour se saisir de sa personne. Mais ils ne peuvent s'introduire chez un tiers où le coupable s'est réfugié si l'entrée leur est interdite. Ils ne peuvent que surveiller les issues en attendant que l'ordre d'employer la force soit donné par le ministère public (1).

Une quatrième exception à notre principe directeur est contenue dans l'article 190 du Code pénal. Nous ne mentionnons ce texte que théoriquement, car il n'a jamais reçu d'application. Aucun fonctionnaire français n'a, jusqu'à ce jour, commis l'abus d'autorité

(1) Décret du 20 mai 1903, art. 171.

contre la chose publique qu'il prévoit, et les auteurs n'en donnent aucun commentaire.

Sur les quatre textes que nous venons d'énumérer. il importe de faire les remarques suivantes : dans leur théorie, ils ne suppriment pas la responsabilité de l'inférieur. L'obéissance constitue seulement une excuse absolutoire. Le fonctionnaire est déclaré coupable. Le jury doit répondre oui à la question de culpabilité et si les conditions prévues sont remplies, oui à la question d'excuse. L'accusé sera absous, mais non acquitté. L'intérêt de la distinction est grand au point de vue moral et au point de vue pécuniaire (1). Pour que l'accusé bénéficie de l'excuse, il importe peu qu'il ait cru que l'acte était légal, il importe peu qu'il ait agi de bonne ou de mauvaise foi. Il n'y a pas à rechercher s'il a été contraint. Il suffit qu'il y ait lien hiérarchique et objet de la compétence du supérieur. Enfin l'absolution à raison d'un ordre hiérarchique n'est prévue que pour des cas déterminés. En dehors de ces cas, l'ordre hiérarchique ne constitue pas une excuse absolutoire et les textes cités ne donnent que des solutions particulières, qui ne peuvent être étendues par analogie (2).

Une dernière exception, particulièrement importante, au principe directeur sus-énoncé réside dans l'article 186 qui punit les violences commises sans motif légitime. Les violences et voies de fait envers les personnes, constituent d'après le droit commun,

---

(1) Le prévenu absous doit acquitter les frais du procès.
(2) Voir affaire Dagard, précitée.

soit un crime, soit un délit, soit une contravention. L'article 186 décide que ces violences sont justifiées lorsqu'elles ont été accomplies par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions et en présence d'un motif légitime. Si ce motif légitime fait défaut, la peine, au lieu d'être celle du droit commun est alors aggravée. Cette disposition renferme donc à la fois une protection et une menace. Si le fonctionnaire est protégé lorsqu'il accomplit son devoir, il est juste de le punir s'il commet un abus de pouvoir ou d'autorité. « Les tribunaux, disait Carnot, doivent prévenir par une sage fermeté les excès de la force ».

Ce texte, vu sa portée générale, a été cité au début de cette étude (1). De sa lecture, il résulte que le délit est constitué : 1° par un fait matériel de violences; 2° par la circonstance que ces violences ont été exercées par un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions; 3° par l'absence de motif légitime. Les violences prévues sont seulement celles contre les personnes. Cet article aggravera ou justifiera ainsi le meurtre, les coups et blessures. Mais il y a lieu de remarquer que cette disposition n'aggrave point la peine de la contravention de violences légères. En effet, l'article 198, auquel renvoie l'article 186, n'indique pas dans quelle mesure cette peine serait augmentée. Et il n'est même pas douteux que ces violences légères soient justifiées si elles avaient un motif légitime. Elles sont en effet le plus souvent nécessaires dans les opérations de police. Par exemple

(1) Voir titre I, chapitre II.

le Parquet de Saint-Dié s'est refusé à poursuivre, en 1921, un gendarme qui avait giflé une ouvrière particulièrement agressive et s'étant fait remarquer par son insistance à manifester, lors d'une grève survenue à Granges-sur-Vologne.

En doctrine, la difficulté que paraît renfermer le texte réside dans l'application du motif légitime. Dans l'arrêt Patricot (1), la Cour de Cassation admet comme motif légitime les circonstances de la cause et un texte ayant force de loi. D'après M. Garçon (2), le juge ne peut apprécier arbitrairement des circonstances quelconques, car l'article 186 fait une simple application du principe qu'une infraction n'est justifiée que si la loi le permet ou l'ordonne. Le motif légitime serait donc celui qui trouve sa source dans la loi même. Un agent de l'autorité ne puise pas dans sa seule qualité un droit général de recourir à la force. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'expulsion d'un membre du conseil municipal, exécutée par les agents de la force publique sur les ordres du maire, réunit les caractères légaux du délit de violences envers les personnes exercées sans motif légitime par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions. (Montpellier, 3 juillet 1886, D. 87, 2, 21.)

Au début du chapitre premier du présent titre, nous avons donné quelques exemples de motifs légitimes. Ces exemples sont, à première vue, constitués par des situations très voisines de la légitime défense

---

(1) S. 78, 1, 484.
(2) Code pénal annoté, 186, nº 28.

ou de la provocation. Le motif légitime se confond-t-il avec la légitime défense? Il est beaucoup plus large. Les agents de l'autorité ont le droit d'user de violences dans des cas assez nombreux, sans repousser aucune attaque. Leur devoir les oblige parfois à prendre l'offensive, car force doit toujours rester à la loi (1). Le seul point douteux est celui de savoir si l'agent a dépassé les violences nécessaires et cette nécessité ne suppose pas le péril de la vie et la légitime défense. (Cass., 14 janvier 1869, D. 69, 1, 114.)

Le motif légitime ne se confond pas non plus avec l'excuse de provocation prévue par l'article 321 du Code pénal. Il peut sembler d'abord qu'un agent, provoqué par des violences graves, a toujours un motif légitime lorsqu'il brise la résistance qu'il rencontre. Mais ce n'est vrai qu'en apparence. Tant que la résistance existe, l'agent a un juste motif de la vaincre, mais ce motif disparaît si la résistance cesse et si l'agent se laisse emporter par la colère et frappe à son tour. Cette opinion est celle de nombreux arrêts : Cass., 15 mars 1821, Barcon; Cass., 5 décembre 1822, Louvry; Cass., 14 janvier 1869, Vittori précité.

Néanmoins les deux situations sont tellement voisines que la jurisprudence a décidé que lorsque l'accusé serait déclaré avoir agi sans motif légitime, une question sur le fait de provocation pourrait, lorsqu'il y a lieu, être soumise au jury (arrêt Louvry). La Cour de Cassation a décidé également que l'article 321 est d'une application générale et absolue et que l'article

(1) Décret du 20 mai 1903, art. 176.

186 ne déroge nullement à ces dispositions (arrêt Pons, 30 janvier 1835, au Sirey chronolog.). Enfin la Cour suprême a jugé qu'un verdict pouvait, sans contradiction, déclarer qu'un fonctionnaire avait commis des violences dans l'exercice de ses fonctions avec un motif légitime, et en outre, qu'il avait été provoqué. Le jury aurait sans doute pu se dispenser, après la première réponse, de résoudre la deuxième question, mais en reconnaissant l'existence de l'excuse légale, loin de se contredire, il confirmait la reconnaissance qu'il avait faite, de la légitimité du motif. (Cass., 18 juillet 1857, D. 57, 1, 372.)

Ajoutons que l'existence du motif légitime, à la différence de l'excuse, entraîne l'acquittement du prévenu et non son absolution.

§ 3. — *Exceptions tirées du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.*

Le principe de la séparation des administrateurs et des juges est fondamental dans notre droit (1). Or ce principe qui évoque Montesquieu et nos premières libertés politiques, ce principe jalousement protégé par la loi pénale (2), peut avoir pour conséquence de soustraire un agent à la responsabilité encourue par

---

(1) La loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 13, interdit aux juges, à peine de forfaiture, de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs. La loi du 16 fructidor, an III, défend itérativement aux tribunaux de connaître des actes de l'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit.

(2) Articles 127 et 131 du Code pénal.

lui devant un tribunal répressif, si le Tribunal des Conflits estime qu'il est impossible à ce tribunal répressif de statuer sans apprécier l'ordre hiérarchique, et si cette appréciation lui paraît excéder la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire.

On peut donc se demander jusqu'à quel point l'ordre confère le caractère administratif aux actes accomplis par les fonctionnaires. Il est certain que, d'une part, ces actes ne sont pas toujours des actes purement administratifs, et que d'autre part, l'ordre d'un supérieur vient souvent altérer leur nature propre. Parmi ces actes, il y a donc une discrimination à faire, un critérium à rechercher. Ce travail délicat et subtil a été l'œuvre du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat. Mais avant d'examiner la façon dont le principe de la séparation des autorités est appliqué aujourd'hui par ces hautes juridictions, il est utile de retracer brièvement son évolution au cours du dix-neuvième siècle.

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII (1) aboutissait pratiquement à déclarer irresponsable le fonctionnaire coupable. Ce système avait pour but d'obtenir un plein rendement de la centralisation administrative en banissant de l'esprit des agents toute crainte de responsabilité. Cette mesure protectrice constituait-elle un privilège injustifiable destiné

(1) Ce texte portait : « Les agents du Gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leur fonction qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat. En ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ».

à couvrir les abus d'une autorité excessive? (1). On l'a soutenu, et l'usage scandaleux qui a été fait à plusieurs reprises, du droit de refuser l'autorisation de poursuivre, paraît assez justifier cette manière de voir. En effet, jusqu'au décret-loi du 19 septembre 1870, qui abolit la garantie des fonctionnaires consacrée par l'article 75, le Conseil d'Etat s'est refusé systématiquement à autoriser des poursuites contre les agents du Gouvernement à raison d'actes de leur ressort, exécutés par ordre. Parmi le grand nombre des décisions du Conseil d'Etat refusant cette autorisation, nous rappellerons seulement celles du 17 novembre 1819 et du 31 mars 1866.

A l'occasion de troubles, le général Donnadieu et le préfet de Montlivaut déclarent la ville de Grenoble en état de siège, le 3 mai 1816. Le Conseil de guerre condamne à mort vingt et un individus non militaires. Les parents des condamnés demandent à poursuivre le préfet et le général. Le Conseil d'Etat refuse, « considérant que les agents du Gouvernement ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qui ont été approuvés par le ministre ou par les ministres auxquels ils sont subordonnés; en fait que cette approbation a été donnée tant à la mise en état de siège de la ville de Grenoble qu'à la traduction devant le Conseil de guerre des individus condamnés par le jugement du 9 mai 1816 ».

Le duc d'Aumale et son éditeur Lévy demandent à poursuivre le préfet de police Boittelle à raison de

(1) Tocqueville : *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 104, 4e édit.

la saisie de l'ouvrage intitulé : *Histoire des Princes de Condé*. Le Conseil d'Etat refuse l'autorisation demandée, « considérant que le sieur Boittelle a agi en conformité des ordres de notre ministre secrétaire d'Etat de l'Intérieur, son supérieur hiérarchique ».

De tels abus ne pouvaient durer, aussi l'un des premiers actes du Gouvernement de la Défense nationale fut-il d'abolir la garantie des fonctionnaires. Le décret-loi du 19 septembre 1870 disposa : Article premier : « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII « est abrogé. Sont également abrogées toutes autres « dispositions des lois générales ou spéciales ayant « pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre « des fonctionnaires de tout ordre ».

Ceci posé, examinons la situation actuelle. La jurisprudence considère que depuis l'abrogation de l'article 75 l'ordre hiérarchique peut avoir et a souvent pour effet d'imprimer le caractère administratif à l'acte commis par le fonctionnaire. La jurisprudence est restée profondément pénétrée que l'ordre supprime le plus souvent la responsabilité personnelle de l'agent. Si un dommage est causé par l'exécution de l'ordre, le particulier lésé peut demander réparation à l'Etat. L'ordre transforme donc en fait de service une faute qui, sans lui, eut été personnelle.

Toutefois, ce résultat n'a pas manqué, en doctrine, de soulever quelques observations. M. Perreau, dans une note sous Cass., 20 février 1896 (S. 96, 1, 473), propose une distinction entre les agents qui, pour l'exécution des ordres reçus disposent de la force publique et ont le devoir de s'en servir, tels que pré-

fets et maires, et ceux qui sont seulement chargés d'exécuter des actes de gestion. Pour les premiers, la théorie de l'obéissance passive paraîtrait difficilement admissible. Quant aux seconds, il ne serait pas douteux que leur état de subordination nécessaire à la bonne marche des services, transformât en actes administratifs les actes qu'ils accomplissent par ordre. Ce système, qui a l'avantage de concilier le maintien de l'obéissance passive dans les cas où elle est le plus nécessaire, avec le respect dû aux droits et libertés des citoyens, est-il celui de la jurisprudence?

Le Tribunal des Conflits a considéré comme administratif l'acte par lequel le directeur d'une Maison centrale, exécutant la révocation par arrêté ministériel d'un commis aux écritures, fait mettre dehors par une pluie battante les meubles du commis révoqué, avant l'expiration du délai auquel il avait droit. (Conflits, 1er juin 1889, S. 91, 3, 73.) Est considéré également comme administratif l'acte d'un conducteur des ponts et chaussées qui a pris des engagements devant le jury d'expropriation par ordre de ses supérieurs, alors que l'inexécution de ces engagements est la cause d'un dommage. (Conflits, 7 juillet 1883, S. 85, 3, 42.) Est encore administratif l'acte d'un receveur des postes qui, sur la réquisition d'un préfet agissant en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, lui avait livré des circulaires et portraits du chef d'un parti politique, bien que ladite saisie fut illégale. (Conflits, 25 mars 1889, S. 91, 3, 32; 2e arrêt Usannaz-Joris.) [1].

(1) En ce sens : Cass., 12 mai 1896, S. 98, 1, 35.

Par contre le Tribunal des Conflits a considéré comme un acte personnel la saisie opérée dans la même affaire par le préfet de police, bien qu'elle eut été ordonnée par le ministre de l'Intérieur, considérant « que les mandats que le préfet délivre et les saisies qu'il opère en vertu de l'article 10, ne sont pas des actes administratifs, mais les éléments préliminaires d'une instruction criminelle ou correctionnelle qui ne relèvent que de l'autorité judiciaire. Considérant d'autre part qu'en admettant que les instructions verbales invoquées par le préfet de police eussent été données pour l'application de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, ou celle du 22 juin 1888 relative aux membres des familles ayant régné en France, ne sauraient imprimer aux mandats et à la saisie des 5 et 6 juillet 1888, le caractère d'actes administratifs ou de Gouvernement, qu'en effet la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle est ordonnée par le ministre de l'Intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres; que si le Gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné en France, il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que la loi lui donne... » (1). [1er arrêt Usannaz-Joris et conclusions du commissaire du Gouvernement Valabrègue.]

De même le Tribunal des Conflits a jugé que l'ordre du ministre de l'Intérieur laisse son caractère de fait

(1) Voir art. 49, loi du 29 juillet 1881.

personnel à l'acte d'un sous-préfet qui fait arracher les affiches électorales d'un candidat et à l'acte des agents qui exécutent cet ordre, « considérant que l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881 ne se borne pas à réprimer la lacération d'affiches électorales commises par les particuliers, mais prévoit spécialement le cas où des fonctionnaires se seraient rendus coupables du même fait et les punit d'une peine plus grave. Considérant que l'acte ainsi interdit aux fonctionnaires par une prohibition formelle de la loi pénale ne saurait, alors même qu'il a été accompli sur les ordres du ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère ni d'un acte administratif, ni d'un acte de Gouvernement ». (Conflits, 15 février 1890, S. 92, 3, 71; affaire Vincent contre Bourgeois et Thomas, agents de police.)

De même est encore personnel l'acte d'un caïd qui expulse un indigène de sa tribu sur l'ordre de l'administrateur d'une commune mixte, s'il a commis quelque faute dans cette exécution, parce que « l'action intentée contre le caïd avait pour objet, outre les chefs de la demande sur lesquels le tribunal d'appel s'est déclaré incompétent, la réparation du préjudice par le défendeur avait causé à la propriété de Ben Belkassem et consorts en dévastant leurs récoltes et en détruisant un gourbi qui servait d'habitation », et qu'ainsi ces faits « présentaient les caractères d'une faute personnelle distincte de tout acte administratif... ». (Conflits, 11 juillet 1891, Mohammed Ben Belkassem, S. 1893, 3, 65.) [1].

---

(1) En ce sens : Cass., 28 déc. 1875, S. 76, 1, 76, et 25 janvier 1873 (S. 73, 1, 282).

De ces décisions il semble résulter que l'ordre du supérieur, suffisant pour rendre administratifs dans tous les cas, les actes d'un fonctionnaire qui ne peut faire que des actes de gestion, ne donne pas forcément cette qualité aux actes qu'un fonctionnaire a accomplis en vertu de son pouvoir propre, de son imperium (1).

Mais ce système proposé par M. Perreau, n'a pas été régulièrement admis par la jurisprudence. Ce qui ruine cette opinion, c'est justement l'arrêt Vincent qui admet la responsabilité des subordonnés Bourgeois et Thomas, simples agents de police. D'ailleurs, la théorie des deux sortes de fonctionnaires (d'autorité et de gestion) a été abandonnée depuis longtemps par la doctrine à cause de l'impossibilité de trouver un critérium précis permettant de distinguer les fonctionnaires de l'une ou de l'autre catégorie. De plus, si la jurisprudence admet, comme nous venons de le voir, la responsabilité des fonctionnaires subalternes dits « de gestion », elle admet aussi, par contre, l'irresponsabilité des fonctionnaires dits « d'autorité ».

En effet, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ont directement ou indirectement posé à plusieurs reprises le principe de l'obéissance des subordonnés de toute nature, et par conséquent de leur irresponsabilité. Ce principe a été affirmé par le Conseil d'Etat pour un maire, magistrat cependant décentralisé, mais subordonné du préfet, considérant « que le préfet de Seine-et-Marne a mis en demeure le maire

(1) En ce sens : Amiens, 6 août 1878, S. 79, 2, 193.

de la commune de Boutevilliers de publier le rôle supplémentaire des patentes...; qu'il n'appartenait pas au maire d'apprécier la régularité des actes qu'il était chargé de publier et que c'est à tort qu'il a refusé de procéder à ces publications ». (Conseil d'Etat, 13 mars 1908, S. 1910, 3, 76.) [1].

Un agent ne peut donc se refuser à accomplir l'acte qui lui est ordonné en se fondant sur son illégalité. Il ne saurait alors être responsable s'il l'accomplit.

Le Tribunal des Conflits proclame cette influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité du subordonné et l'explique parce que :

1° Apprécier la faute serait apprécier l'ordre (2);

2° Parce que le fonctionnaire qui obéit ne peut être considéré comme ayant commis une faute personnelle (3). Il n'a commis qu'un fait de service susceptible seulement d'engager la responsabilité de l'Etat.

Cette solution n'est-elle pas celle qui jaillit de l'arrêt sur conflit Daure? « Considérant qu'aux termes de l'exploit d'assignation, le sieur Daure se serait rendu coupable, au regard du sieur Loumagne, d'une injure grave et publique en affichant le tableau rectificatif de la liste électorale de la commune d'Alan... sur lequel figurait la mention d'un jugement de condamnation comme motif de la radiation du sieur Loumagne, mais considérant qu'en publiant et en affichant ce tableau, lequel devait indiquer d'après les

---

(1) En ce sens : Cass., 20 février 1878, S. 78, 1, 366.
(2) Conflits, 2 mars 1901, S. 1901, 3, 129 et note Hauriou.
(3) Conflits, 22 avril 1882, S. 84, 3, 26.

ordres de l'administration supérieure, les motifs des retranchements opérés, le sieur Daure a agi dans l'exercice de ses fonctions de maire et en conformité des mesures prescrites tant par le décret de convocation des électeurs que par l'arrêté du préfet, qu'ainsi le fait qui lui est reproché est un acte administratif dont l'appréciation est interdite à l'autorité judiciaire, alors surtout qu'il n'appert pas que le maire ait commis une faute personnelle pouvant se détacher de l'acte administratif, qu'en conséquence c'est à bon droit que le préfet de la Haute-Garonne a élevé le conflit ». (Conflits, 26 juin 1897, S. 99, 3, 69.) Et pourtant l'année précédente la Cour de Cassation avait jugé que le maire « qui affiche le tableau rectificatif des additions et retranchements à la liste électorale et qui y inscrit les motifs d'une radiation, commet un acte personnel, même en ayant obéi ou cru obéir aux instructions de l'autorité supérieure». (Cass., 20 février 1896, S. 96, 1, 473.)

La Cour suprême avait estimé que la responsabilité du maire était engagée parce qu'aucune disposition de loi ne prescrivait l'indication des motifs de radiation sur les tableaux livrés au public. Elle consacrait le système traditionnel d'après lequel une infraction ne peut être justifiée sans ordre de la loi. Mais d'après le Tribunal des Conflits, il n'y avait pas de faute, parce que le maire n'avait fait qu'obéir à ses supérieurs. Le maire, bien que dépositaire d'une parcelle de la puissance publique, n'agissait en l'espèce que comme rouage administratif, comme agent d'exécution sans pouvoir propre, et cela prouve une fois de

plus qu'il est impossible de savoir où finit la gestion et où commence l'autorité (1).

Le Tribunal des Conflits avait déjà adopté cette manière de voir dans l'affaire Le Pelletier : « Considérant que l'interdiction et la saisie du journal *Le Devoir*, ordonnée par le général de Ladmirault, constitue une mesure préventive de haute police prise par le général agissant dans l'exercice et la limite des pouvoirs que lui conférait l'article 9 de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, et dont la responsabilité remonte au Gouvernement qui lui a délégué ses pouvoirs ». (Conflits, 28 juillet 1873, S. 74, 2, 28.) La déclaration de l'état de siège était pourtant irrégulière comme n'ayant pas été communiquée au Sénat et comme n'ayant pas été insérée au *Bulletin des Lois*.

Une solution identique est contenue dans le 2e arrêt Usannaz-Joris précité, et les conclusions du commissaire du Gouvernement Marguerie.

Le Tribunal des Conflits proclame même l'incompétence des tribunaux judiciaires, lorsque l'ordre a été désobéi. Un gendarme blesse une personne en tirant sur un taureau furieux. Bien qu'il soit allégué que le gendarme a commis la faute de faire usage de son arme contrairement aux ordres que son brigadier lui avait donnés quelques instants auparavant, cette faute ne pouvant se détacher de l'appréciation de l'ordre dont il n'appartient pas à l'autorité judiciaire d'examiner la portée et les conséquences, ne constitue

(1) Voir Conflits, 26 juin 1897, S. 98, 3, 49 et note Hauriou.

qu'un fait de service. (Conflits, 16 novembre 1901, S. 1904, 3, 101; affaire Grécq.)

Toutes les fois que le Tribunal des Conflits annule un arrêté de conflit et reconnaît par conséquent la compétence des tribunaux judiciaires, il a soin de constater que l'examen des faits relevés et imputés n'implique l'examen d'aucun acte ou règlement administratif. (S. 1905, 3, 16, et S. 1908, 3, 99, Feutry.)

Mais encore est-il nécessaire, pour que l'acte du subordonné ait le caractère administratif, que l'ordre émane d'une autorité compétente, au moins en apparence, qu'il intervienne sur un objet du ressort de cette autorité (1), et dans une matière où l'obéissance est due (2).

Ainsi ce n'est pas par l'application d'une règle rigide que l'ordre hiérarchique supprime la responsabilité des agents : il faut que l'ordre enlève le caractère personnel de la faute de l'agent ou que l'appréciation de cette faute suppose une appréciation de l'ordre qui dépasse la compétence des tribunaux. Il y a donc une large place pour les circonstances. Toutefois le Tribunal des Conflits a posé en principe qu'une violation formelle de la loi pénale ne peut, en aucun

---

(1) L'ordre donné par le maire, relativement à un fait complètement étranger aux attributions légales du pouvoir municipal, ne peut constituer un cas de force majeure (D. 51, 5, 276).

(2) L'élagueur de profession qui a commis un délit forestier ne peut être relaxé sur le motif qu'il avait été mis en œuvre par un garde forestier, aux ordres duquel il se serait conformé pour les coupes de bois qui lui sont reprochées, alors qu'il ne pouvait ignorer que les gardes ne font que surveiller les travaux et ne les commandent pas. (D. 49, 5, 202, Cass., 13 avril 1849.)

cas, être un acte administratif, même lorsqu'elle est commise par ordre, et surtout si la loi pénale prévoit spécialement l'infraction incriminée, de la part d'un fonctionnaire (affaires Vincent, Usannaz-Joris, etc., précitées).

L'appréciation du caractère personnel de la faute ne soulève pas de grandes difficultés. Par exemple, l'agent qui dépasse sans motif légitime les ordres reçus, commet un fait personnel : il en est ainsi dans le cas où un employé chargé de répandre des boulettes empoisonnées dans l'intérieur d'une manufacture dépendant du ministère de la Guerre, au lieu de se borner à exécuter cet ordre dans les conditions où il avait été donné, a attiré un chien et lui a jeté directement la substance vénéneuse. (Conflits, 13 déc. 1879, D. 80, 3, 98.)

De même un maire n'agit pas pour l'exécution de la loi, lorsqu'au lieu de se borner à afficher le tableau rectificatif de la liste électorale qui, d'après les instructions de l'administration supérieure, devait indiquer les motifs des radiations, il a fait afficher à côté du tableau, un télégramme du sous-préfet portant qu'un individu condamné à huit mois d'emprisonnement ne pouvait pas voter, ou lorsqu'il porte à la connaissance de ses administrés par une affiche et par le crieur public, que c'est à bon droit que tel électeur a été rayé de la liste à raison d'une déclaration de faillite prononcée contre lui.

Conflits, 11 décembre 1909, S. 1912, 3, 76.
Conflits, 4 décembre 1897, S. 1899, 3, 95.
Paris, 13 décembre 1906, S. 1907, 2, 95.

Le fait d'indiquer par ordre de l'administration supérieure les motifs de radiation est donc rendu administratif par l'ordre. Ce qui n'est plus administratif, c'est l'affichage du télégramme ou l'emploi du crieur public, agissement qui dépassent l'ordre et qui constituent la faute personnelle.

La difficulté réside plutôt dans l'appréciation de la violation formelle de la loi pénale. Si cette violation est formelle, les tribunaux judiciaires seront compétents, malgré l'existence de l'ordre, qu'ils pourront alors apprécier. Mais que faut-il entendre par violation formelle de la loi pénale? Certains crimes ou délits, tels que le meurtre ou le vol apparaîtront clairement comme des infractions, même aux yeux du fonctionnaire le plus discipliné. Mais que dire d'autres actes moins nets tels qu'abus d'autorité, diffamations, saisies illégales, etc.? Nous avons vu tout à l'heure que des blessures causées par imprudence et qu'une diffamation prenaient le caractère administratif alors qu'une lacération d'affiches constituait un fait personnel. On répondra que la lacération d'affiches était prévue par un texte spécial : l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881. Mais cette même loi ne punit-elle pas la diffamation et l'article 320 du Code pénal ne réprime-t-il pas les coups et blessures par imprudence ?

Il semble résulter de la jurisprudence que chaque fois que l'acte d'un agent constitue à la fois une atteinte à la loi pénale et un fait personnel, la responsabilité pénale de cet agent est engagée (1), mais que,

(1) Des employés de mairie qui ont porté des inscriptions inexactes

s'il n'y a qu'une atteinte à la loi pénale sans fait personnel, si, en d'autres termes, l'atteinte à la loi pénale est étroitement liée à un acte administratif, le principe de la séparation des autorités peut encore rendre les tribunaux judiciaires incompétents.

En 1880, les religieux expulsés dirigèrent des poursuites criminelles contre les fonctionnaires qui avaient pris part à l'exécution des décrets. L'autorité judiciaire se déclara quelquefois compétente (Poitiers, 19 sept. 1880; D. 81, 2, 33). Mais le Tribunal des Conflits en décida autrement parce que la solution du litige entraînait l'examen d'un acte administratif.

Conflits, 5 novembre 1880; D. 80, 3, 127.

Conflits, 19 février 1881; D. 81, 3, 81, etc.

Pourquoi la même solution n'a-t-elle pas été admise dans l'affaire Vincent contre Fosse, Bourgeois et Thomas? On répondra que les fonctionnaires qui expulsèrent les religieux avaient agi en conformité d'un décret et d'un arrêté préfectoral, décret et arrêté dont la nullité, au cas où ils eussent été entachés d'excès de pouvoir, ne pouvait être prononcée par les tribunaux judiciaires. Ces fonctionnaires pouvaient à bon droit se considérer comme couverts par l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, tandis que le sous-préfet et les agents de police ne

---

sur les listes électorales avec intention d'altérer les faits que ces listes avaient pour but de constater, doivent être mis en accusation du crime de faux en écritures publiques. Ils ne peuvent invoquer, comme fait justificatif, qu'ils se seraient bornés à exécuter les ordres de ceux qui les employaient à cette mairie. (Cass., 20 sept. 1894, B. 248 et D. 99, 1, 350.)

pouvaient invoquer qu'un ordre de leurs supérieurs respectifs.

Ajoutons enfin que la violation des règlements par les agents de l'administration constitue une faute personnelle dont les tribunaux judiciaires peuvent connaître en vertu de l'article 471, § 15, du Code pénal, pourvu qu'il ne s'élève aucune difficulté relative au sens ou à la portée du règlement. C'est ainsi que la supérieure d'un hospice ne peut échapper à la responsabilité pénale de son fait personnel en alléguant sa situation subordonnée comme préposée de la commission administrative (S. 65, 1, 431), et S. 77, 2, 53; S. 85, 3, 42; S. 87, 3, 60; D. 55, 1, 236.

SECTION III

Critique et justification des solutions jurisprudentielles

Si nous embrassons d'un coup d'œil les solutions admises par la jurisprudence, nous pourrons dire qu'un agent est: 1° responsable pénalement au cas de violation formelle de la loi pénale commise sans ordre de la loi et sans commandement de l'autorité légitime; 2° responsable civilement au cas de faute personnelle dûment caractérisée et ne pouvant absolument pas être absorbée par l'ordre d'un supérieur hiérarchique. Dans tous les autres cas, il n'y a qu'un fait de service et l'irresponsabilité du fonctionnaire ne fait pas de doute, même quelquefois s'il a légèrement dépassé l'ordre reçu.

Il ressort également des développements ci-dessus que : 1° le fonctionnaire ne doit pas obéir à la loi mais à ses chefs; 2° l'examen de l'ordre échappe très souvent aux tribunaux judiciaires. L'abrogation de l'article 75 n'a donc produit aucun effet ? Autrefois, pour poursuivre un fonctionnaire, il fallait l'autorisation du Conseil d'Etat. Aujourd'hui il faut celle du Tribunal des Conflits. Ce n'est pas la même autorité, dira-t-on, qui permet la poursuite, mais c'est le même principe qui s'applique ! Il y a cependant une différence. Autrefois si évidente qu'ait pu être la faute personnelle de l'agent, si incontestable que fût sa responsabilité, il suffisait que l'acte reprochable ait été commis dans le service, pour que l'autorisation de poursuivre fût nécessaire. Et cette formalité était si compliquée et si impressionnante qu'elle suffisait à faire reculer les plus vindicatifs (1). Aujourd'hui quand un fait accompli dans le service engage d'une façon évidente la responsabilité civile ou pénale de l'agent, le conflit n'est en général pas élevé, et s'il l'est, le Tribunal des Conflits annule l'arrêté de conflit et reconnaît la compétence des tribunaux ordinaires.

Cependant on peut se demander si le Tribunal des Conflits va assez loin dans cette voie et si, dans sa préoccupation de sauvegarder soit le principe de la séparation des pouvoirs, soit la discipline et la hiérarchie dans les fonctions publiques, il ne laisse pas sans

---

(1) Berthélémy : *Traité élémentaire de Droit administratif* : Garantie des fonctionnaires.

sanction des faits d'une certaine gravité et qui constituent des fautes personnelles évidentes. Le maire qui se rend coupable de diffamation, le directeur de Maison centrale qui se rend coupable de violation de domicile et qui expose les meubles d'un citoyen à la pluie battante, le gendarme désobéissant ou maladroit qui blesse un passant, ont commis des fautes plus ou moins graves, qui appellent, au moins pour le principe, une responsabilité civile ou pénale, légère si l'on veut, mais certaine.

Le Tribunal des Conflits n'admet pas régulièrement cette manière de voir. Cette jurisprudence peut avoir pour conséquence de donner au fonctionnaire qui commande une confiance exagérée en lui-même, de l'ériger en petit despote prenant plaisir à opprimer ses concitoyens (1) et de faire du fonctionnaire qui obéit (et qui est souvent en même temps celui qui commande), un agent sans volonté personnelle, sans initiative, un rouage mécanique et non pas un rouage intelligent, clairvoyant, comprenant son importance et mesurant sa responsabilité.

De plus, cette jurisprudence certainement respectable, basée sur des considérations d'ordre supérieur et œuvre des magistrats les plus éclairés de France, se heurte néanmoins au principe de la supériorité de la loi, principe qui est dans une large mesure celui de la supériorité du droit et qui, en tous cas, constitue la suprême garantie des citoyens. Le respect de la

---

(1) Toulouse, 11 mars 1908, S. 1910, 2, 12.

hiérarchie est-il si nécessaire qu'il doive passer avant celui de la légalité?

Le Tribunal des Conflits aurait pu concilier habilement sa jurisprudence avec le respect dû à la loi. Dans l'affaire Daure, par exemple, il n'avait qu'à déclarer que l'affichage incriminé n'était pas suffisant pour constituer le délit de diffamation à cause du défaut d'intention malveillante, ce qui empêchait le tribunal correctionnel d'en connaître. Au moins de cette façon tous les maires de France eussent su que, s'ils dépassaient un jour tant soit peu les agissements de leur collègue d'Alan, ils risquaient d'encourir une responsabilité pénale.

La Cour de Cassation avait mieux jugé, croyons-nous, d'abord dans cette même affaire, puis surtout dans l'affaire de Cumont contre Engelhard, préfet du Maine-et-Loire: Le 28 juin 1872 la Cour d'Orléans avait condamné le préfet pour diffamation, bien que ce dernier eût invoqué l'ordre du ministre. La Cour suprême rejeta le pourvoi du préfet « attendu que le droit d'apprécier les faits qui se rattachent à des actes administratifs, les motifs qui leur ont servi de base et la responsabilité qui peut en résulter, ne peut être dénié aux tribunaux sans rendre illusoire le recours des citoyens à la justice... ». Et M. le Conseiller rapporteur Barbier avait soutenu l'opinion que nous défendons en disant: « On peut considérer qu'en principe les motifs d'un arrêté de suspension sont nécessairement blessants pour celui qui en est l'objet, sans accorder en même temps qu'il sera loisible à l'auteur d'envenimer la blessure en dehors de la néces-

sité légale, soit par une publicité trop retentissante, soit par un excès de forme dans la rédaction des motifs... » (Cass., 25 janvier 1873, S. 73, 1, 282).

L'esprit d'un arrêt de la Cour de Bourges est également en ce sens : « Considérant que le fonctionnaire convaincu d'avoir sciemment et méchamment abusé de sa fonction, loin d'être protégé par son caractère, doit être plus sévèrement jugé... » (Bourges, 10 février 1879, S. 80, 2, 171).

Comme il est facile de le remarquer, on voit que les décisions de la Cour suprême et des Cours d'appel sont plutôt dans le sens de la légalité, tandis que celles du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits sont plutôt dans le sens de l'obéissance et de la protection du fonctionnaire. Et cela tient aux buts différents que poursuivent ces hautes juridictions, la Cour suprême cherchant à appliquer les lois avec la plus grande perfection possible, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits cherchant, le premier à faire régner l'harmonie et la cohésion dans la machine administrative, le second à concilier cette harmonie et cette cohésion avec le respect dû à la légalité.

La jurisprudence de ces deux dernières juridictions s'est ainsi sensiblement écartée des principes directeurs que nous proposions au début de ce chapitre. Cette jurisprudence protectrice place donc le fonctionnaire dans une situation assez voisine de celle du militaire. Elle admet que les agents, par suite de leur devoir d'obéissance, subissent une contrainte partielle qui les rend irresponsables, même s'ils dépassent légèrement l'ordre, et cela dans l'intérêt bien entendu des services publics.

En effet, il eût été simple de dire que toute atteinte à la loi constituait une fait personnel et que l'ordre hiérarchique ne pouvait jamais excuser une violation de la loi. Mais ce système aurait conduit le subordonné à examiner la légalité de l'ordre, examen qui eût inévitablement nui à la bonne marche des services. C'est cette dernière conséquence que le Tribunal des Conflits a voulu éviter, estimant qu'il importe plus à l'Etat de faire fonctionner normalement ses services, toujours basés sur le système de la centralisation, que de réprimer des infractions isolées et le plus souvent légères, estimant en somme, qu'il ne faut pas hésiter à sacrifier certains détails pour obtenir un ensemble harmonieux.

C'est ainsi qu'il faut comprendre cette jurisprudence et que s'explique la divergence constatée entre elle et une partie de la doctrine. Il importe toutefois de faire encore une observation. L'opinion du Tribunal des Conflits est parfaitement défendable tant qu'il s'agit de protéger un fonctionnaire coupable d'une faute seulement susceptible d'engager sa responsabilité civile. En effet la loi permet toujours au préfet d'élever le conflit devant les tribunaux civils. Mais il en est tout autrement en matière pénale. Le système du Tribunal des Conflits appliqué en matière pénale, aurait tout simplement pour but de laisser des infractions impunies : le fonctionnaire n'est pas puni car la confirmation de l'arrêté de conflit rend l'autorité judiciaire incompétente, et l'Etat n'est pas puni car les personnes morales ne peuvent délinquer.

Et c'est pourtant ce qui est arrivé. On sait que le

conflit peut être élevé en matière correctionnelle. En cette matière l'administration aura donc gain de cause. En matière criminelle l'ordonnance de 1828 est formelle : elle refuse au préfet le droit d'élever le conflit. Cependant ici encore l'administration trouve le moyen d'être victorieuse. En effet lorsqu'une affaire est susceptible d'engendrer un conflit, le ministère public se garde bien de mettre en mouvement l'action publique. Le particulier lésé par l'acte du fonctionnaire n'a donc, comme seule ressource, que la constitution de partie civile et la plainte adressée au juge d'instruction (article 63, Code d'instruct. crim.). Or le Tribunal des Conflits a jugé que l'acte par lequel un particulier se disant lésé par l'acte d'un fonctionnaire, porte plainte devant le magistrat instructeur (en l'espèce le premier président agissant conformément à l'article 483 du Code d'instruct. crim.), contre ce fonctionnaire en se portant partie civile, ne constitue pas l'exercice de l'action publique, et que, dès lors, la matière n'étant pas criminelle, le conflit peut être élevé sur l'action ainsi engagée par ce particulier. (Conflits, 22 déc. 1880, S. 82, 3, 57 et note.) [1].

Une telle solution est justement critiquée par M. Fuzier Herman dans la note sous cet arrêt. L'article 182 du Code d'instruction criminelle autorise les particuliers à mettre l'action publique en mouvement par voie de citation directe devant le tribunal correctionnel en ce qui concerne les délits. Il est entièrement logique d'interpréter l'article 63 de manière à ce que

(1) Mêmes solutions : S. 83, 3, 1 et note; S. 82, 3, 74 et 75.

ces mêmes particuliers y trouvent une garantie correspondante dans une matière beaucoup plus grave puisqu'il s'agit de la matière criminelle. L'article 63 serait inutile s'il n'offrait pas aux citoyens un moyen d'obtenir justice et si la plainte adressée au juge d'instruction ne produisait pas les mêmes effets que celle adressée au ministère public. Le juge d'instruction, que le ministère public reste ou non dans l'inaction, se trouve bien alors en présence de matières criminelles, et par conséquent, semble devoir être couvert, quant à la possibilité du conflit, par l'article 1er de l'ordonnance de 1828. C'est donc par une assimilation très arbitraire que le Tribunal des Conflits considère les mots matière criminelle comme synonymes d'action publique (1).

Une telle jurisprudence ne conduit-elle pas directement au régime qui existait avant l'abolition de la garantie des fonctionnaires en 1870? Avec ce système l'ordre de la loi n'excuse pas seulement l'acte du fonctionnaire obéissant, mais encore les violences, voies de fait et fautes personnelles dont il a pu se rendre coupable en exécutant l'ordre. Cette jurisprudence peut donc avoir pour conséquence de laisser impunies des infractions qu'aucun fait justificatif ne saurait couvrir. Nous pensons qu'il est utile d'insister sur cette particularité au moment où la Cour de Cassation et la doctrine envisagent très audacieusement une orientation nouvelle des pouvoirs du juge. En effet

(1) En ce sens, Ganaud : *Précis* nº 347, et Cass., 8 décembre 1906, S. 1907, 1, 377.

la Cour de Cassation a jugé le 24 août 1917 « qu'il appartient à l'autorité judiciaire, non seulement de faire l'application des règlements d'administration publique, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution d'un litige dont elle a été complètement saisie ». (S. 1918, 1, 193.) De là à l'interprétation de l'ordre de service, il n'y a qu'un pas. Et dans un livre récent, M. le doyen Hauriou a écrit : « Le pouvoir politique, qui a relégué le juge dans le contentieux, qui a pris contre lui tant de sûretés dans l'organisation de la justice criminelle, se doit à lui-même, maintenant, de desserrer les liens qui asservissent la justice civile et de lui octroyer la même charte de liberté qu'il a octroyée à son Conseil d'Etat. Ce n'est pas trop demander, afin que la séparation du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire n'aboutisse pas à un immense déni de justice, danger particulièrement grave, parce que la justice impartiale est le premier besoin des démocraties ». (*Précis de Droit constitutionnel*, note de la p. 316.)

Appendice

A la fin de ce chapitre, nous croyons utile d'examiner très rapidement quelle doit être la conduite du particulier qui reçoit un ordre d'un agent de l'administration.

Nous ferons une distinction entre les ordres légaux et les ordres illégaux. Toutes les fois qu'un citoyen

reçoit d'un agent compétent, un ordre donné pour l'exécution d'une loi ou d'un texte ayant force de loi, l'obéissance est incontestablement due. Cette nécessité d'obéir se justifie par le principe de la supériorité de la loi. Si le particulier désobéissait, non seulement il encourrait la pénalité prévue quelquefois par le texte violé, mais il pourrait encore se voir contraint à obéir par l'administration elle-même en vertu de son privilège d'exécution directe (1).

Mais si l'ordre paraît illégal, ou s'il émane d'un agent paraissant incompétent? Dans ces cas le particulier peut adopter diverses attitudes. Ces attitudes peuvent se ramener à trois : 1° demander par voie de pétition que l'ordre soit rapporté; 2° tenir l'ordre pour inexistant; 3° s'insurger avec violence. Seule, la première attitude est licite. Le particulier peut estimer en conscience, qu'il doit désobéir et attendre à ses risques et périls, que sa réclamation à l'autorité supérieure ait produit son effet, mais il ne doit, en aucun cas s'insurger contre un agent (2).

Enfin l'ordre peut être contraire à la loi pénale. Nous avons vu que cette loi particulièrement impérieuse ne pouvait souffrir aucune désobéissance. Le particulier qui reçoit d'un agent l'ordre de commettre une infraction doit donc résolument désobéir. A la différence de ce qui peut se passer pour le fonctionnaire, l'ordre laisse ici sa nature propre de crime ou

---

(1) S. 1913, 1, 129.

(2) Jurisprudence constante : S. 68, 1, 142; S. 82, 2, 10; S. 1904, 1, 57 et note; S. 1900, 2, 113; D. 1909, 1, 79.

de délit à l'acte qui va s'accomplir. Il n'existe aucun lien hiérarchique entre un particulier et un agent de l'administration. Le particulier obéit à l'agent parce que ce dernier représente la loi, et il doit obéir tant que raisonnablement, l'agent est censé représenter la loi. Mais il est impossible de se tromper sur le sens de la loi pénale. Un agent ne peut jamais avoir le droit de commander un crime ou un délit. Si le particulier commet l'acte qui lui est commandé, il se rend complice de l'agent et engage sa responsabilité pénale (1). Si le particulier refuse d'exécuter l'ordre délictueux, il ne peut encourir aucune sanction. Il ne subit donc aucune contrainte et il est facile de comprendre ainsi pourquoi sa responsabilité pénale demeure entière.

Toutefois si l'acte que le particulier a cru devoir exécuter est commandé par la loi et par l'autorité légitime, ou si cet acte constitue indiscutablement un acte administratif, le principe de la séparation des autorités et l'article 327 du Code pénal entrent en jeu et ont pour conséquence de substituer la responsabilité de l'Etat à celle du particulier obéissant (2). En tous cas les citoyens cessent de pouvoir être incriminés lorsqu'ils obéissent à un ordre régulier en la forme et émané de l'autorité compétente pour le donner (S. 95, 1, 249 et note). Il serait excessif et injuste de

---

(1) D. 51, 5, 276 précité.

(2) D. 63, 1, 440; S. 85, 3, 17, et tous les arrêts du Tribunal des Conflits, déclarant irresponsables les ouvriers qui prêtèrent leur concours à l'expulsion des religieux, en 1880; voir chapitre précédent.

les déclarer responsables lorsque l'illégalité de l'ordre provient d'une formalité indépendante de l'acte qui les a requis d'agir, dont ils ne peuvent vérifier l'accomplissement et qui demeure l'œuvre secrète de l'administration.

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DE LA FEMME MARIÉE ET DES ENFANTS

Le lien hiérarchique envisagé entre femme et mari est d'autant plus étroit que les droits de puissance maritale sont plus nombreux et plus énergiques. Or la puissance maritale varie avec la législation et avec les mœurs. A l'époque où fut voté le Code civil, on considérait généralement avec Pothier et avec Portalis que la prépondérance du mari et l'asservissement de la femme étaient « de droit naturel ». Cette tradition, renforcée en 1816 par la suppression du divorce, s'est conservée pendant tout le dix-neuvième siècle. Un arrêt a même paru reconnaître au mari un droit de correction corporelle (1). Mais depuis la fin du dix-neuvième siècle, l'émancipation de la femme a suivi son chemin et la puissance maritale a reçu de nombreuses atteintes, atteintes dont une longue expérience avait montré l'utilité et la nécessité. Le rétablissement du divorce en 1884 et le perfectionnement de l'assistance judiciaire en 1901 (accordée à la femme tant en instance qu'en appel), lui permettent aujour-

(1) D. 73, 2, 129.

d'hui de se séparer assez rapidement d'un mari oppresseur et brutal. La loi du 13 juillet 1907 lui donne la possibilité de disposer librement de son salaire et de s'obliger valablement sur les biens acquis par son travail. Enfin on parle même d'accorder aux femmes le droit de vote. Le mari conserve, il est vrai, le pouvoir d'autoriser sa femme à ester en justice, à s'obliger, à exercer une profession, mais la femme peut toujours vaincre une résistance injustifiée par l'autorisation de justice. Le mari conserve également le droit de contraindre sa femme à le suivre partout où il va se fixer. Mais ce droit n'est qu'illusoire, car si le mari peut employer la force publique pour contraindre la femme à rejoindre le domicile conjugal, il doit aussi lui rendre la liberté dès qu'elle est rentrée, et elle peut alors s'enfuir à nouveau. Illusoire également, le droit reconnu au mari par la jurisprudence, de surveiller les relations et les correspondances de sa femme. Celle-ci peut déjouer si facilement cette surveillance ! Dans ces conditions le statut civil de la femme mariée n'est plus du tout celui d'un incapable et tend à la rendre de plus en plus l'égale de son mari. Cette évolution des idées, qu'il ne nous appartient ni d'approuver, ni de blâmer, a toutefois ses conséquences. La liberté apporte avec elle ses périls. La femme qui s'est obligée, seule ou avec le mari, voit ses biens réservés devenir la proie des créanciers. Et l'opinion contraire soutenue par quelques auteurs est formellement réfutée par M. Planiol qui s'écrie : « Ce serait la résurrection du S. C. Velleien qu'on a eu tant de peine à faire disparaître de nos lois. La femme est

capable de s'obliger, elle peut donc user de son droit. Il est vraiment étonnant que les partisans les plus farouches de la femme la considèrent toujours, sans s'en apercevoir, comme une perpétuelle mineure et l'entourent de nouveaux liens au moment où ils l'affranchissent » (1).

Quelle influence cette solution est-elle susceptible de produire en notre matière? La femme à qui son mari ordonne de commettre une infraction est-elle responsable, est-elle coupable? Si l'on transportait au droit pénal les solutions du droit civil, on serait tenté de répondre par l'affirmative. Et l'assimilation serait d'autant plus séduisante qu'on sait que la femme, même mariée sous le régime le plus favorable à ses intérêts, s'oblige cependant par ses délits ou quasi-délits. Il faut bien se garder de cette confusion qui pourrait aboutir à de graves erreurs.

Tout d'abord il convient de signaler que si la puissance maritale est illusoire, la protection légale de la femme l'est encore davantage. Les pauvres gens expérimentent chaque jour les lenteurs et les déceptions de l'assistance judiciaire. Et quelle est la femme du peuple qui connaît la loi du 13 juillet 1907 et qui songe à en invoquer le bénéfice? Ce qu'il faut considérer, c'est la vie en elle-même, la vie de tous les jours, avec ses nécessités et ses misères. Or devant la vie la femme est incontestablement plus faible que l'homme (2), elle est moins armée que lui, son gain est

(1) Planiol : III, nº 1143.
(2) Voir J. Michelet : *La Femme.*

nettement inférieur à celui de l'homme, elle est plus souvent que lui victime de son cœur ou de ses passions. Toutes les lois sont impuissantes devant l'inégalité voulue par la nature. La femme mariée est donc forcément placée sous la dépendance étroite de son mari. Elle a besoin de lui pour la protéger et pour protéger ses enfants. Si elle se révolte, si elle se sépare de lui, elle retombe désemparée dans cette vie qu'il est toujours redoutable d'affronter seul. Si nous envisageons le sort d'une femme placée dans un rang social plus élevé, nous voyons que sa condition n'est pas plus enviable. Celle-ci n'a plus à craindre les soucis matériels. Mais ces derniers sont alors remplacés par le respect des convenances mondaines, des traditions, l'intérêt des enfants, la peur du scandale. Il est donc impossible d'affirmer que la femme peut désobéir à son mari quand il lui plaît. Il est donc impossible de nier que la femme obéissant à son mari subit une certaine contrainte morale. Et pour la troisième fois, nous avons à résoudre un problème de responsabilité pénale encourue au cas d'infraction commise par ordre.

Peut-on considérer la femme obéissante comme ayant été irrésistiblement contrainte? Peut-on tolérer que sous le couvert de la soumission due au mari, des infractions restent impunies? La jurisprudence est assez confuse sur la question et il semble difficile d'en dégager une règle certaine. La Cour de Paris admet d'abord l'irresponsabilité : M. de Lavalette, ancien directeur des postes sous l'Empire, avait été condamné à mort comme coupable du crime de haute

trahison pour s'être réemparé de ses fonctions à l'époque du 20 mars 1815. L'exécution devait avoir lieu le 21 décembre 1815. La veille de ce jour, la dame Lavalette et la veuve Dutoit, à son service, furent introduites auprès du condamné. Celui-ci revêtit le costume de sa femme et parvint à s'évader à l'aide de ce déguisement. Les deux femmes furent renvoyées des poursuites « attendu qu'il ne résulte pas des pièces et de l'instruction, des charges suffisantes contre elles d'avoir prêté une assistance criminelle à l'évasion de Lavalette, ni d'avoir facilité ladite évasion et que l'obéissance passive à laquelle elles se trouvaient réduites par leur qualité et leur position vis-à-vis de Lavalette, ne pouvait être considérée comme une participation volontaire et active aux faits de l'évasion ». (Cour royale de Paris, 15 mars 1816, au Sirey chronolog.)

Ensuite vient toute une série de décisions admettant la responsabilité. Le nommé Sergeant et sa femme avaient été condamnés pour un vol commis conjointement. Entre autres moyens de cassation, la femme représenta qu'elle n'avait fait qu'obéir à son mari en s'associant au vol que celui-ci avait exécuté. Son pourvoi fut rejeté « attendu, sur le troisième moyen, que la soumission que doit une femme à son mari ne peut s'étendre jusqu'à lui obéir pour l'exécution d'un crime et que cette soumission ne saurait former une excuse en sa faveur ». (Cass., 25 sept. 1818.) Le 30 août 1838, la Cour suprême juge également « que les règles du droit civil relatives à l'autorité maritale et à l'administration de la communauté ne sont point

applicables aux matières criminelles, qu'on ne peut dès lors s'en autoriser, ni en général, pour affranchir la femme mariée qui commet un délit de la peine qu'elle a encourue, ni en particulier, pour ne punir que d'une seule amende solidaire contre le mari et la femme communs en biens qui se rendent coupables conjointement d'un délit d'usure ». (S. 38, 1, 830.) Cette solution nous semble rigoureuse. Peut-on dire qu'une femme commune en biens puisse être considérée comme coauteur du délit d'usure commis par son mari, seul maître de la communauté? Peut-on dire qu'elle ait fait personnellement des prêts usuraires avec les deniers communs lorsque la loi lui refuse absolument le pouvoir de faire un prêt sans l'autorisation de son mari? Comment la punir de prêts que seul le mari a pu faire, auxquels elle n'a encouru que comme mandataire du mari et dont il peut même arriver qu'elle ne profite pas, puisque le bénéfice en doit tomber en communauté? Le 14 décembre 1839, la Cour de Cassation juge que la femme qui aide son mari dans le détournement de ses marchandises au préjudice des créanciers dépasse les bornes de l'obéissance qu'elle lui doit et se rend coupable de banqueroute (affaire Foulon). Le 23 mars 1854, elle décide que la femme convaincue d'avoir commis un crime de concert avec son mari, et par exemple le crime de recel de malfaiteurs, n'est pas réputée de plein droit avoir agi sous son influence et sans une liberté suffisante, qu'il appartient au jury d'apprécier l'intention qui a dirigé cette femme et que la déclaration de culpabilité qu'il rend à cet égard est irréfragable. (D. 54, 5, 171.)

Cet arrêt, beaucoup moins sévère dans ses motifs que les précédents, semble marquer une orientation nouvelle et moins systématique de la jurisprudence. Le 23 août 1869 la Cour de Douai acquitte la femme Beudin, accusée d'abus de confiance : « Considérant que pendant le mariage, la femme n'a aucun pouvoir pour arrêter les désordres ou dissipations du mari, qu'elle ne peut donc, à moins de circonstances particulières qui ne se rencontrent pas dans la cause, être déclarée complice de détournements que le mari a pu commettre, soit au domicile conjugal, soit ailleurs, considérant que si, après la perpétration du délit, la femme a cherché, par un moyen plus ou moins répréhensible à innocenter la conduite de son mari, ce fait commis sous la pression et peut-être par suite de la violence de ce dernier, ne peut la rendre complice d'un abus de confiance, commis sans sa participation aucune, attendu qu'il est établi que Beudin s'adonne à l'ivrognerie, que souvent sa femme et ses enfants se trouvent sans pain au domicile conjugal... », etc. (D. 60, 2, 33.)

Enfin, le 19 février 1875 intervient un arrêt des plus intéressants dans une espèce où une femme, renvoyée avec son mari devant le tribunal correctionnel sous la prévention du délit d'escroquerie, avait été relaxée des poursuites parce que, s'il était manifeste qu'elle avait pris part dans une certaine mesure aux agissements de son mari, elle paraissait ne l'avoir fait que sous l'empire de la contrainte morale exercée sur elle par ce dernier, et qu'elle avait pu être de bonne foi. La Chambre criminelle casse cette décision

« attendu que les motifs sur lesquels est basé l'acquittement de la femme Perkins sont contradictoires entre eux, qu'en effet, l'emploi d'une contrainte morale vis-à-vis de la femme Perkins pour obtenir sa participation aux actes incriminés, est inconciliable avec sa bonne foi et que dès lors, les motifs qui servent de fondement au relaxé s'annulent par leur contradiction, attendu que si l'arrêt attaqué devait être interprété en ce sens que les agissements auxquels la femme Perkins a participé sont couverts, les uns par la contrainte morale, les autres par la bonne foi, ces motifs seraient encore insuffisants, en ce qu'ils ne font point connaître, d'une part, si la contrainte morale réunissait les caractères de force majeure nécessaires, aux termes de l'article 64 du Code pénal, pour constituer une cause de justification, d'autre part quels sont ceux des agissements auxquels la contrainte se rapportait ». (B., nº 59.)

Il résulte de ces derniers arrêts que la femme n'est jamais systématiquement déclarée coupable. On admet qu'elle peut avoir subi une contrainte irrésistible. Mais la Cour suprême exige dans les jugements ou arrêts l'indication précise des motifs pour lesquels cette contrainte peut être considérée comme irrésistible. Il est donc difficile de poser une règle absolue. Le juge du fait doit apprécier les circonstances. Et s'il est décidé que la pression exercée par le mari sur sa femme enlève aux actes de celle-ci qui ont facilité la perpétration du délit tout caractère criminel, il en est de même à plus forte raison des actes qui ont suivi la perpétration et n'ont pas eu d'autre but que

de dissimuler l'existence du délit. Car les efforts de la femme en pareil cas s'expliquent beaucoup plus par la nécessité de sauvegarder l'honneur et le repos de la famille, que par le désir de favoriser une mauvaise action. La loi l'a si bien compris qu'elle dispense la femme de déposer sur le délit reproché au mari, sachant bien que pour le sauver, elle n'hésiterait pas devant le faux témoignage (1).

Bien entendu ces considérations d'ordre moral ne doivent être envisagées que s'il s'agit d'une femme légitime. La concubine ne peut être traitée avec cette indulgence relative. Les concubins peuvent se séparer librement. Il n'existe donc entre eux aucun lien juridique et hiérarchique. C'est ainsi qu'il a été jugé que la concubine qui s'est pleinement associée aux actes de commerce de l'individu avec lequel elle vit en se faisant passer pour sa femme légitime, est pénalement responsable avec lui du défaut de tenue des registres de commerce et de la non déclaration de la cessation des paiements (Cass. 8 août 1867, D. 68, 1, 41); et que la concubine qui prend part à des manœuvres frauduleuses pratiquées par l'individu avec lequel elle vit et aux profits qu'elles lui ont procuré en se faisant passer pour sa femme légitime, peut être considérée comme complice du délit d'escroquerie. (Cass. 8 juin 1860, D. 60, 5, 150.)

Disons maintenant quelques mots au sujet de la responsabilité des enfants. Il faut tout d'abord distinguer les enfants n'ayant pas atteint l'âge légal du

(1) Code d'instr. crim., article 322.

discernement (1), des enfants ayant atteint cet âge. Le sort des premiers ne soulève aucune difficulté, et la question se résout par des mesures de tutelle ou d'assistance ordonnées par le tribunal en chambre du conseil. Pour les seconds, nous adopterons avec toute la doctrine et la jurisprudence, une règle absolument certaine, à savoir que la seule crainte révérentielle des ascendants est toujours insuffisante pour justifier une infraction. Mais, quoique ayant agi avec discernement, l'enfant ne sera pas déclaré coupable s'il résulte des circonstances de fait contenues en la cause qu'il a subi avec une certaine contrainte. Il n'y a donc pour l'enfant comme pour la femme mariée, qu'une simple éventualité d'échapper à la répression. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un délit forestier, pas plus qu'un autre délit, ne saurait être couvert sous le prétexte de l'obéissance qu'un fils doit à son père et qui ne lui permet pas de discuter les ordres qu'il en reçoit, que si, en définitive la condamnation peut retomber sur le père dans le cas où pour épargner à son fils la contrainte par corps que la loi prononce pour le recouvrement de l'amende, il se déterminerait à en acquitter le montant, ce n'est pas une raison pour affranchir le fils de la peine qu'il a encourue (Cass., 15 mai 1837, B, nº 143); et qu'un fils qui a recélé des valeurs dans la succession de son père au préjudice de ses frères et sœurs, ne peut être acquitté par la raison qu'il a agi sous les ordres et sous l'impulsion

(1) C'est-à-dire la treizième année. Loi du 22 juillet 1912, art. 1er.

de sa mère, investie de la possession légale des objets héréditaires (Cass., 28 avril 1866, S. 67, 1, 46).

Mais, par contre, la Cour de Poitiers a décidé que l'enfant qui, afin d'assurer à son oncle, recéleur d'objets volés, le bénéfice de sa possession indue, simule la découverte de ces objets dans un pré et les lui remet, ne se rend pas complice par cela seul du vol et n'est coupable d'aucune peine « attendu que relativement à Rose Mallet, s'il est acquis que bien qu'âgée de moins de 16 ans, elle a eu entière conscience de ses actes, sa conduite quoique répréhensible, échappe à la vindicte publique... Attendu que la jeune Mallet, qui demeurait chez les époux Mallet, a dû néanmoins, eu égard à l'autorité qu'ils exerçaient sur elle, subir l'influence de ces derniers et agir bien moins avec une intention coupable que par soumission et déférence respectueuse envers son oncle ou sa tante... » (3 mars 1857, D. 58, 2, 89).

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DES OUVRIERS, DOMESTIQUES ET PRÉPOSÉS

Ce dernier aspect de notre problème, cette dernière question à résoudre, ne soulève plus de difficultés et ne nous retiendra pas longtemps. Les ouvriers, domestiques et préposés, ne sont tenus, vis-à-vis de leurs patrons, qu'à remplir les obligations d'un contrat de louage librement consenti. Ils ne sont pas astreints, comme les militaires, à un impérieux devoir d'obéissance. Ils ne sont pas placés, comme les fonctionnaires, dans une situation légale et réglementaire. Ils ne peuvent donc, en cas d'infraction commise par ordre, échapper à la répression qu'en invoquant l'ordre de la loi, la contrainte irrésistible ou la bonne foi. Et dans l'appréciation de cette contrainte, il n'y a plus lieu d'envisager de considérations morales ou politiques. Il faut que cette contrainte soit irrésistible en elle-même. Cette solution est peut-être sévère. Le plus souvent, en effet, le préposé a un certain mérite à désobéir à un ordre illégal. Parfois même il peut souffrir un grave préjudice à raison de sa désobéissance. Mais l'intérêt particulier doit s'effacer devant l'intérêt général. L'ordre du maître ou du commettant ne peut donc justifier les employés.

En cette matière, la jurisprudence est absolument constante. La Cour de Cassation a jugé le 8 novembre 1811 « que les articles 64 et 65 du Code pénal placent au nombre des crimes et des délits excusables ceux où le prévenu aurait été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister, mais qu'il n'en est pas ainsi du cas dans lequel se place Marie Lacaze, d'avoir été induite à commettre le vol dont il s'agit par obéissance à sa maîtresse ». Le 10 décembre 1842 la Cour suprême pose en principe que « l'obéissance due par les serviteurs et commis à leurs maîtres ne peut suffire pour justifier leur participation à des actes que la loi qualifie de délits; qu'il appartient aux tribunaux de rechercher s'ils ont été des instruments passifs entre les mains de leurs maîtres, ou si, au contraire, ils ont agi en connaissance de cause et dans une intention coupable; que la Cour royale s'est livrée à cet examen et a reconnu qu'en signant et expédiant un écrit diffamatoire, Chevalier avait dépassé les limites de ses fonctions de commis et avait pris sa part dans la volonté et l'intention de nuire » (B., nº 324).

Cet arrêt de principe est suivi par d'autres. Il a été jugé qu'on ne doit pas conclure de ce qu'un arrêté réglementant l'exercice d'une industrie a mis directement à la charge du patron de l'établissement l'exécution de certaines obligations, qu'en cas d'inobservation le contremaître ou ouvrier par le fait duquel la contravention a eu lieu, ne puisse être poursuivi personnellement; spécialement lorsque contrairement à la prohibition adressée aux propriétaires de distilleries, les résidus d'un établissement de ce genre ont

été écoulés dans un cours d'eau, le contremaître qui a fait pratiquer la tranchée au moyen de laquelle le déversement s'est opéré, peut être poursuivi comme auteur de la contravention... sans préjudice de la condamnation à prononcer contre le propriétaire lui-même (D. 59, 1, 425) [1]. Jugé également que l'incendie de propriétés mobilières où immobilières occasionné par les flammèches d'une locomotive dont l'appareil de sûreté est défectueux, constitue à la charge du mécanicien, le délit d'incendie par imprudence puni par l'article 458 du Code pénal (D. 59, 1, 329). « Le mécanicien, dit cet arrêt, ne pouvait ignorer le danger que présentait la locomotive dans les conditions décrites, il a donc à se reprocher d'avoir accepté la mission de la faire fonctionner sans qu'elle fut pourvue d'un appareil propre à prévenir des sinistres d'autant plus faciles à prévoir que des bâtiments couverts en chaume, et notamment ceux qui ont été consumés par le feu, se trouvaient très rapprochés de la voie sur laquelle il la mettait en circulation. » Au reste les lois et les règlements adressent parfois des injonctions directes aux ouvriers et leur défendent de fournir leur main-d'œuvre pour des travaux entrepris en contravention, et il en est ainsi en matière de voirie. Il a été jugé que le maçon qui a dirigé des travaux faits sans autorisation sur une maison sujette à reculement, encourt la même amende que le propriétaire, alors même que celui-ci déclare qu'il n'a agi que par ses

(1) Voir également : D. 70, 1, 447 ; S. 78, 2, 49.

ordres (Cons. d'Etat, 23 février 1839) et S. 41, 1, 698. Jugé aussi que le fait de causer des dégradations à une écluse établie sur un canal de navigation constitue une contravention de grande voirie imputable au patron de l'auteur de la contravention et à cet auteur lui-même. Tous deux doivent être condamnés solidairement aux réparations des dégradations commises et aux frais (S. 1897, 3, 113 et note Hauriou) et S. 96, 3, 60. Mais lorsque les règlements sont insuffisants, le préposé n'encourt pas la responsabilité pénale d'accidents qu'il n'a pas eu le moyen d'empêcher ou de prévenir. Ainsi jugé qu'un chef de gare ne saurait être déclaré pénalement responsable de la mort d'un individu tué par accident dans la gare, et qui y avait été admis sans aucune violation des règlements, s'il n'est élevé contre lui d'autre reproche que de n'avoir pas provoqué des mesures plus efficaces de la part de son administration et d'avoir accepté d'exercer son emploi dans des conditions qui ne lui permettaient pas de prévenir les accidents avec certitude (Cass., 26 fév. 1863, D. 64, 1, 193).

On comprend que si le préposé ou l'ouvrier encourt une responsabilité pénale lorsqu'il consent à faire un travail en contravention aux dispositions des lois ou règlements, à plus forte raison encourt-il cette responsabilité au cas où l'infraction, à l'accomplissement de laquelle il prête son concours, constitue un crime ou un délit. La Cour suprême a décidé que l'individu qui, remplissant les fonctions de caissier dans une maison de banque qu'il savait n'être pas sérieuse, s'est prêté à l'exécution des manœuvres frauduleuses

de son patron, en transmettant aux clients des réponses évasives sur leurs réclamations et en entretenant leurs espérances par le paiement de dividendes et intérêts après disparition des valeurs qu'il aurait dû avoir en caisse, est complice du délit d'escroquerie reconnu à la charge du patron (Cass., 27 déc. 1862, D. 63, 5, 152), et que l'employé de commerce qui s'est prêté à l'exécution de mesures prises par son patron pour tromper les acheteurs sur la nature de la marchandise, ne peut être poursuivi comme complice de la fraude qu'autant qu'il est établi qu'il s'est rendu compte de la criminalité des actes auxquels il a coopéré (Cass., 21 mars 1857, D. 58, 1, 476) [1].

Il résulte de ce dernier arrêt, ainsi que de l'arrêt Chevalier du 10 décembre 1842, que, pour être punissable à raison d'infractions ordonnées par son patron, le préposé doit avoir eu connaissance du caractère délictueux des actes pour lesquels il a donné sa coopération. Il n'est donc pas impossible que sa responsabilité disparaisse pour remonter au maître qui doit être considéré comme le seul auteur du fait délictueux. C'est ainsi qu'en matière de tromperie sur la qualité de la marchandise, le maître seul est responsable lorsqu'il a donné l'ordre d'exposer et de mettre en vente des viandes corrompues (D. 70, 1, 46). Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut, comme le dit un arrêt, que le préposé n'ait été qu'un instrument passif dans les mains de son chef, qu'un instrument sans volonté

(1) Voir aussi S. 76, 2, 175]

et sans intention. Si l'ouvrier a manifesté la moindre volonté personnelle, la loi pénale reprend son empire. Ainsi jugé que l'ouvrier qui, sur l'ordre de son patron commet une contravention de pesage, ne saurait être relaxé des fins de la poursuite (S. 1905, 1, 543). Conformément aux principes généraux de notre matière, l'ordre de la loi et l'existence d'un motif légitime, peuvent justifier l'acte d'un préposé : le garde-chasse qui a tiré sur une personne, non dans une intention criminelle, mais pour assurer l'exécution des lois en interrompant la perpétration d'un délit qu'il voyait se commettre et qu'il avait charge de réprimer, ne commet donc pas un acte délictueux tombant sous le coup de la loi pénale (Douai, 19 avril 1910, D. 1911, 5, 16). Enfin malgré nos recherches, nous n'avons pas trouvé un seul exemple où la contrainte irrésistible ait joué en faveur de préposés ou d'ouvriers, ce qui, une fois de plus, justifie la sévérité de la jurisprudence à leur égard.

CONCLUSION

Ayant ainsi terminé l'étude du lien hiérarchique, c'est-à-dire de l'élément moral de notre problème, nous sommes maintenant à même de résoudre toutes les questions de responsabilité pouvant être encourues à raison de l'exécution d'un ordre. Les juges devant lesquels se poseront des problèmes de ce genre pourront les résoudre grâce aux éléments suivants : 1° les textes du Code pénal supprimant la responsabilité du subordonné, 2° l'appréciation du devoir d'obéissance, 3° toutes les circonstances de fait contenues en la cause. Dans la majorité des cas ces trois éléments se ramènent à l'appréciation de l'influence que la contrainte morale créée par l'ordre a exercé sur le libre arbitre du subordonné. Nous avons vu que la jurisprudence, obligée d'apporter aux problèmes juridiques des solutions immédiates et conformes aux besoins de la pratique, avait dégagé cette formule sans hésitation et l'avait appliquée avec sa clairvoyance habituelle. Les solutions données par elle en notre matière sont scientifiquement exactes et doivent être considérées comme satisfaisantes au point de vue purement juridique (1).

(1) Sous réserve de ce qui a été dit de la jurisprudence du Tribunal des Conflits et de la faiblesse des parquets. Voir p. 125.

Nous pouvons donc dire que le problème est actuellement résolu au mieux des intérêts en présence : besoin de répression pour la société, besoin de justice pour l'inférieur qui a été contraint. Enfin, il ne faut pas oublier que la solution est essentiellement évolutive. L'instruction pénètre de plus en plus chez le peuple. Le bien-être, les droits, les protections, les garanties des classes laborieuses se multiplient. Il est juste, dans ces conditions, que l'augmentation de dignité et d'éducation des divers subordonnés ait pour corollaire un accroissement de leur responsabilité. Et il n'est pas douteux que la jurisprudence ne manquera pas d'envisager la question sous cet aspect lorsqu'elle aura l'occasion de le faire.

Dans la présente étude nous nous sommes bornés à n'étudier et à n'élaborer qu'une technique de la répression des infractions commises par ordre. Dans la conclusion de ce travail nous nous permettons de quitter le terrain purement juridique sur lequel nous nous étions placé jusqu'ici, d'envisager notre problème aux points de vue social et politique et de nous demander s'il est possible de l'empêcher de se poser, car la suppression même de ce problème ne vaut-elle pas mieux encore que la meilleure et la plus équitable des techniques ?

Lorsque nous avons étudié la responsabilité des divers subordonnés, nous n'avons jamais perdu de vue deux considérations primordiales : le respect de la légalité et le respect de la hiérarchie, toutes deux étant d'importance égale, toutes deux étant les bases d'une nation civilisée. Et nous avons vu que malgré

tous les efforts de la jurisprudence, il n'était pas toujours facile de sauvegarder la discipline sans égratigner la légalité et réciproquement. De plus nous avons vu qu'il était difficile de demander aux inférieurs de faire toujours leur devoir, de puiser en leur conscience une force suffisante pour désobéir, et que, pour arriver à un résultat positif, il fallait ou bien laisser impunis des actes regrettables ou bien punir des agents qui avaient subi, quoi qu'on dise, une certaine contrainte, solutions également imparfaites au point de vue strictement moral. Les solutions de la jurisprudence ne sont donc que des remèdes, des palliatifs. A notre avis la véritable fin du problème ne se trouve pas dans la répression plus ou moins sévère des actes d'un subordonné. Elle se trouve chez le chef. Tout d'abord le chef reste libre de retirer l'ordre illégal qu'il a donné. Et il peut le retirer, soit parce que l'inférieur lui en a souligné l'illégalité ou se refuse obstinément à l'exécuter, soit dans la crainte de la loi pénale. En effet le chef risque toujours de se voir appliquer les peines de la complicité par provocation avec abus d'autorité, sans le bénéfice des circonstances atténuantes qui seront accordées le plus souvent au subordonné. Et ceci explique pourquoi notre problème ne se pose que très rarement devant les tribunaux.

D'autre part, si faisant abstraction de toute théorie philosophique, nous ne considérons que l'intérêt général du pays, nous sommes forcés d'admettre après un instant de réflexion, que seul le chef doit retenir notre attention. Les bons subordonnés ne manquent

pas (1). Quant aux mauvais, ils sont facilement remplaçables. Il est facile de trouver des sous-officiers, des commis, des employés, des ouvriers. Les agissements de ces subordonnés, leur remplacement, leur révocation, ne peuvent entraîner des conséquences bien graves. La situation n'est plus la même s'il s'agit d'un officier, d'un magistrat, d'un chef de service. De tels chefs peuvent avoir entre leurs mains des vies humaines ou des intérêts matériels considérables. Or il peut arriver que ces chefs ne soient pas entièrement dignes de leurs fonctions, et cette infériorité peut résider non seulement dans un défaut de capacité technique, mais encore dans un manque de valeur morale. Et c'est alors que les ordres illégaux sont à craindre, et c'est alors que se pose pour le subordonné le troublant problème de l'obéissance hiérarchique et de la responsabilité pénale.

Pour éviter les ordres illégaux, les ordres injustes, les ordres susceptibles de produire un trouble social, un malaise grave dans le personnel et des dépenses inutiles pour le Trésor, il faut donc de bons chefs. Il faut des chefs dont la préoccupation dominante soit toujours l'idée du devoir. Il faut des chefs dont l'âme soit inaccessible aux considérations d'intérêt personnel, de convenances, d'avancement, etc. Il faut des chefs ne craignant pas les responsabilités. S'il est commandé par de tels chefs, non seulement le subor-

(1) Si le pays vit d'une vie normale et ne traverse pas de crise. Nous savons qu'en 1922, il est plus facile de trouver des ingénieurs que de bons ouvriers.

donné ne sera jamais embarrassé dans l'exécution des ordres, mais il ne songera même plus à sauvegarder ses intérêts professionnels, il n'aura plus besoin de l'aide du syndicat ou de l'association. Il ne réclamera plus sa participation à la direction des services ! Le citoyen, le soldat, le fonctionnaire, la femme mariée, l'ouvrier, ne demandent qu'une chose : être commandés, se sentir guidés sûrement par une main expérimentée vers un but certain et juste. Les hommes supérieurs sont rares, et la majorité des citoyens préfère, si elle y trouve son intérêt et sa sécurité, obéir sans avoir à réfléchir et à raisonner, plutôt que de s'insurger et de créer un état de choses nouveau et incertain. Le jour où toutes les cellules sociales seront bien commandées notre problème ne sera plus susceptible de se poser.

Pour arriver à ce résultat avec quelque chance de réussite nous proposerons deux séries de moyens. Dans la première série peuvent se grouper les moyens tendant à assurer la valeur morale des chefs, dans la seconde, les moyens tendant à obliger le chef à respecter malgré lui les lois et les règlements.

C'est ainsi, comme premier moyen, qu'il conviendrait, lors de la nomination d'un fonctionnaire susceptible d'exercer un commandement, d'envisager un contrôle de moralité. Hâtons-nous de dire que ce contrôle existe dans une large mesure et que grâce à lui nous avons des officiers, des magistrats, des chefs de service qui ne donnent pas d'ordres illégaux et qui ne s'en laissent pas donner. Malheureusement on tend de plus en plus aujourd'hui à n'admettre dans

les écoles militaires, dans la magistrature, dans les fonctions publiques, que des candidats ayant présenté au concours des garanties de connaissances techniques suffisantes. Cela ne doit pas suffire. Il faudrait qu'outre sa valeur professionnelle, le candidat fût représenté à l'examen par un coefficient de valeur morale, ou plutôt d'aptitude morale à la fonction, que ses supérieurs hiérarchiques auront pu facilement établir en surveillant sa conduite pendant les stages inévitables qui précèdent toute nomination. Et il faudrait que ce coefficient moral ait autant d'importance que le coefficient technique. De plus, il est nécessaire qu'une fois nommé, le futur chef ne perde point cette valeur morale, ne subisse pas d'influences perverses. Pour cela, il faut développer l'esprit de corps, le recrutement par la cooptation, il faut conserver les traditions d'honneur et de loyauté léguées par les devanciers. Les heureux effets de ce système se manifestent clairement dans la corporation des avocats, dans les divers corps des officiers ministériels, soumis à des conditions de nomination rigoureuses et au contrôle incessant du Parquet, dans la magistrature (1).

Arrivons maintenant à la seconde catégorie de moyens. Parmi ces derniers citons d'abord celui qui consisterait à donner à chaque fonctionnaire un statut légal, des attributions déterminées, à limiter son activité à un certain nombre d'actes tous prévus et réglés pas des règlements spéciaux. Dans cet ordre d'idées,

---

(1) En ce sens, voir Hauriou : *Droit constitutionnel*, p. 315, note 1.

il conviendrait, lorsqu'un fonctionnaire est appelé à remplir des fonctions graves ou délicates, d'exiger de lui une préparation spéciale. Par exemple, il ne faudrait faire siéger aux Conseils de guerre que des officiers docteurs ou licenciés en droit. Les jugements regrettables rendus quelquefois pendant la guerre, auraient été peut-être évités grâce à cette précaution. Avec le statut légal les ordres arbitraires ne sont plus à craindre, et les ordres pouvant être légalement donnés dans les limites de ce statut étant relativement restreints, la possibilité d'existence d'ordres illégaux se trouve par là même fortement diminuée.

On sait d'autre part que le service intérieur des troupes prévoit la réclamation contre les mesures irrégulières et les punitions imméritées (1). Or les fonctionnaires civils ne bénéficient d'aucune disposition semblable. Par conséquent le supérieur auquel s'adressera le fonctionnaire ayant reçu de son chef direct un ordre illégal, n'est pas tenu de l'écouter et de prendre sa demande en considération. Il n'en serait plus de même si le droit de réclamation était formellement prévu et réglementé. D'où la nécessité d'envisager pour les fonctionnaires une sorte de droit d'appel à l'autorité supérieure en cas d'ordre irrégulier ou illégal. Un grand nombre de fonctionnaires réclame le droit syndical et même une certaine coopération à la direction des services : il faut se garder de croire à l'utilité de telles prétentions. Outre qu'elles sont

(1) Décret du 15 août 1913, article 390.

fausses au point de vue juridique (puisque le fonctionnaire n'est pas un salarié), elles ne peuvent amener dans la pratique que de mauvais résultats, car il serait souverainement ridicule de remplacer l'arbitraire des supérieurs par celui des subordonnés qui serait infiniment moins éclairé et par suite beaucoup plus dangereux. Il ne doit y avoir aucune pénétration des agents qui obéissent parmi ceux qui commandent, si ce n'est par des témoignages de bienveillance et de dévouement réciproques. De tels moyens ne feraient qu'augmenter d'une façon intempestive les droits d'une masse de subordonnés sans profit pour la nation, puisque, nous le répétons, la grandeur d'un pays réside dans la valeur de ceux qui commandent. La jurisprudence administrative se montre justement hostile au droit syndical des fonctionnaires. Mais entre le droit syndical et le principe de l'obéissance passive proclamée par le Conseil d'Etat, il y a place pour des réformes et des améliorations.

Ajoutons enfin que cette suppression du problème de l'obéissance hiérarchique par la valeur morale des chefs et par le triomphe de la légalité, n'est à envisager sérieusement que s'il s'agit de fonctionnaires civils ou militaires. Notre système appliqué aux chefs de famille et aux patrons serait encore exact, mais son application générale entraînerait une sorte de relèvement moral de la nation, une sorte de rééducation forcée qu'aucun législateur ne saurait entreprendre : « Quid leges sine moribus? » Le moraliste peut désirer que tous les supérieurs hiérarchiques, que tous les pères de famille, que tous les patrons soient dignes de leurs

pouvoirs. S'ils ne le sont pas, il ne reste au juriste que la triste ressource de punir le subordonné qui a exécuté leurs ordres délictueux ou criminels.

Et nous reconnaissons encore une fois, à la fin de cette étude, qu'il est souvent pénible d'exiger de tous les subordonnés une grandeur d'âme suffisante pour désobéir quand il le faut. Chaque jour pourtant, des irrégularités, des infractions, des accidents sont évités grâce à l'obscur dévouement d'un fonctionnaire, d'une femme, d'un ouvrier. Aussi nous rendons hommage à ces humbles agents, nous les donnons en exemple, et lorsque nous songeons à toutes les inquiétudes et à toutes les angoisses que peut soulever notre problème dans la conscience d'un honnête homme, la parole hautaine, âpre et sévère du poète de la *Mort du Loup* retentit dans notre cœur, et nous songeons alors que la destinée de l'homme est, quoi qu'il arrive, de « faire énergiquement sa longue et lourde tâche dans la voie où le sort a voulu l'appeler ».

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
Nancy, le 24 janvier 1923,
F. GENY.

Vu, à Nancy, le 23 janvier 1923.
Le Président de la Thèse,
C. HENRY,
Professeur de Droit criminel.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Nancy,
Président du Conseil de l'Université,
27 janvier 1923,
Ch. ADAM,
Membre de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 5

TITRE I. — *Recherche des éléments généraux du problème* 9

CHAPITRE I. — Eléments rationnels du problème. 9

CHAPITRE II. — L'élément légal du problème 15

Section I. — Historique 15

Section II. — Les textes du Code pénal 22

TITRE II. — *Les solutions concrètes du problème : Etude du lien hiérarchique* 41

CHAPITRE I. — Responsabilité des militaires 41

Section I. — Exposé doctrinal 41

Section II. — Les solutions jurisprudentielles .. 55

Section III. — L'obéissance et l'état de guerre. 62

§ 1. — Crimes et délits commis par l'ennemi. 62

§ 2. — Exécutions destinées à raffermir la discipline 68

CHAPITRE II. — Responsabilité des fonctionnaires. 78

Section I. — Exposé théorique et recherche des principes directeurs 78

Section II. — Exceptions à ces principes directeurs 88

§ 1. — Exceptions résultant des principes généraux de notre matière 90

§ 2. — Exceptions résultant de textes spéciaux du Code pénal 94

Pages

§ 3. — Exceptions résultant du principe de la séparation des autorités..... 104
Section III. — Critique et justification des solutions jurisprudentielles..... 119
Appendice. — Responsabilité du particulier en cas d'ordre de l'administration..... 127
Chapitre III. — Responsabilité de la femme mariée et des enfants..... 131
Chapitre IV. — Responsabilité des ouvriers, domestiques, préposés..... 142
CONCLUSION..... 149

Nancy. — Imprimerie Nancéienne, 15, rue de la Pépinière